

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DU
RECOURS POUR ABUS

ENVISAGÉ COMME SURVIVANCE

DE

LA JUSTICE RETENUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le jeudi 5 novembre 1903, à 4 heures

PAR

FERNAND COLLAVET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DES FACULTÉS DE NANCY ET DE LYON

SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS

PARIS

Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER (E.), C. ✱, C. ✠, I. ☞, Doyen, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

GARRAUD, I. ☞, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ☞, professeur de Droit romain.

FLURER, I. ☞, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

THALLER, I. ☞, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☞, professeur honoraire.

COHENDY, ✱, I. ☞, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☞, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), A. ☞, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ☞, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, A. ☞, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, A. ☞, professeur d'Histoire du Droit public.

JOSSERAND, A. ☞, professeur de Droit civil.

BROUILHET, A. ☞, agrégé (Sciences économiques).

HUVELIN, agrégé (Histoire du Droit).

LÉVY, agrégé (Droit privé et Droit criminel).

GONNARD, agrégé (Sciences économiques).

CAILLEMER (Robert), chargé de cours (Histoire du Droit).

BECQ (J.), I. ☞, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. Jean APPLETON, *professeur.*

Suffragants : { MM. LAMEIRE, *professeur.*
GONNARD, *agrégé.*

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DU
RECOURS POUR ABUS

ENVISAGÉ COMME SURVIVANCE

DE

LA JUSTICE RETENUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le jeudi 5 novembre 1903, à 4 heures

PAR

FERNAND COLLAVET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DES FACULTÉS DE NANCY ET DE LYON

SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS



PARIS

Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DU
RECOURS POUR ABUS
ENVISAGÉ COMME SURVIVANCE
DE LA JUSTICE RETENUE

INTRODUCTION

POSITION DE LA QUESTION.

Deux principes capitaux dominant, en droit français, la matière du contentieux administratif :

1° Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ;

2° Le principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

Il importe d'en bien saisir la raison d'être et le lien.

Le pouvoir judiciaire, tout d'abord, ne doit point connaître des actes de l'administration ; leur contentieux ne peut lui appartenir et doit être réservé

à l'administration elle-même. A première vue, il semble qu'il y ait là une grave atteinte à la théorie de la séparation des pouvoirs (1); ne réclame-t-elle pas dans l'Etat l'existence de trois groupes d'organes chargés exclusivement : l'un de légiférer, l'autre d'exécuter les décisions du législateur, le troisième de juger les différends de tous ordres?

Cependant, ce principe de l'indépendance de l'administration vis-à-vis des tribunaux judiciaires, loin de méconnaître la théorie de la séparation des pouvoirs, n'en est que l'application même : c'est elle qui le justifie.

L'idée de séparation des pouvoirs doit, en effet, être sainement comprise. Il est très vrai qu'elle exige la remise en des mains différentes des fonctions législative, exécutive et judiciaire; mais elle n'implique pas du tout entre ces organes distincts une division, une scission telle qu'ils soient complètement étrangers les uns aux autres et constituent trois compartiments rigoureusement étanches.

Une telle conception serait à la fois contraire à la notion même du pouvoir et inconciliable avec les nécessités pratiques de la bonne organisation de l'Etat.

Elle serait contraire à la notion même du pouvoir. Le pouvoir n'a d'autre but, en effet, que de permettre

(1) Cette idée sert, en effet, de point de départ à M. Jacquelin, dans son livre *Les principes dominants du contentieux administratif*. Paris, 1899. — Voir notamment, pp. 21 et 32.

à l'Etat de faire souverainement prévaloir sa volonté; il n'est au fond pas autre chose que cette volonté même. Or, cette volonté est nécessairement une, d'accord avec elle-même; il faut donc que, tout en séparant les diverses fonctions de la souveraineté entre des titulaires distincts, on établisse entre ces pouvoirs une certaine coordination, une certaine unité de vue et d'action sans lesquelles la volonté de l'Etat risquerait d'être représentée par des organes agissant dans des sens contradictoires.

Elle serait, d'autre part, contraire à la bonne organisation politique de l'Etat. Si les différents organes du pouvoir étaient absolument isolés les uns des autres, séparés par une barrière infranchissable, bien loin d'en résulter l'indépendance des pouvoirs, il en résulterait leur désunion et leur lutte. Cette indépendance ne peut être assurée que si chacun des pouvoirs de l'Etat « peut exercer à l'occasion, dans une certaine mesure, les trois manifestations de la souveraineté » (1).

« Lorsqu'un des trois pouvoirs, pour remplir sa fonction spéciale, a besoin, accessoirement, de faire un acte qui rentre normalement dans la fonction d'un autre pouvoir, il ne faut pas que le premier pouvoir soit obligé de faire appel à ce dernier; il est

(1) Jean Appleton, *La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative. Revue générale du droit*, 1898, pp. 140, 206, 302, et opuscule édité par A. Fontemoing, 1898.

nécessaire qu'il puisse trouver la solution dans les ressources de sa propre compétence. S'il en était autrement, un pouvoir enclin à l'empiétement pourrait exercer sur les autres une pression regrettable, s'immiscer dans leur domaine propre chaque fois que ses services seraient réclamés pour compléter leur œuvre, et entraver ainsi leur essor naturel » (1).

On le voit, c'est bien par application du principe de la séparation des pouvoirs que la connaissance des litiges d'ordre administratif échappe à l'autorité judiciaire. Lorsque dans le cours de ses opérations propres, le pouvoir exécutif, agissant comme autorité administrative, rencontre une résistance, une contradiction, il faut qu'il puisse trancher la difficulté sans faire appel au pouvoir judiciaire, en jugeant lui-même le litige.

Quelque solide que puisse être le fondement ainsi donné au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, il est une objection, une critique fondamentale qui vient immédiatement à l'esprit, et qui va nous conduire rationnellement au second principe énoncé au début de ce travail.

Cette réserve du contentieux administratif à l'administration satisfait sans doute l'intérêt public et la théorie de la séparation des pouvoirs ; mais son

(1) Jean Appleton, *op. cit.*

résultat ne va-t-il pas être de porter une grave atteinte à l'intérêt privé des justiciables et de compromettre les droits individuels ?

S'il est, en effet, une idée sur laquelle tout le monde s'accorde, c'est qu'on ne peut être à la fois juge et partie ; or, l'administrateur-juge est à la fois représentant de l'administration et juge entre elle et les particuliers ; que devient dans un tel système l'indépendance de la justice ? Ajoutez à cela que les fonctions du juge et de l'administrateur demandent des aptitudes, des connaissances, une expérience bien différentes ; « les habitudes d'esprit d'un administrateur ne sont point celles qu'on peut souhaiter chez un juge : l'administration vit de concessions, de transactions, tandis qu'on ne peut sainement juger qu'à la condition d'appliquer le droit sans concession » (1).

Le principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative permet de répondre à cette argumentation. Oui, il y aurait une très grave atteinte aux droits des particuliers si les mêmes hommes étaient en même temps administrateurs actifs et administrateurs juges ; mais il n'en est précisément pas ainsi : si le contentieux administratif n'appartient pas aux tribunaux judiciaires, il n'est pas davantage laissé aux administrateurs

(1) Jean Appleton, *op. cit.*

proprement dits ; il est confié à des corps spéciaux, et ainsi se trouve reconstitué au sein même de l'administration la séparation organique des pouvoirs, seule capable d'assurer la sauvegarde des droits individuels.

Et non seulement l'existence de corps spéciaux chargés de connaître des litiges administratifs s'impose, mais encore il faut que ces corps soient indépendants de l'administration active, que leurs sentences soient exécutoires par elles-mêmes et ne constituent pas de simples avis soumis à la sanction, à l'approbation du chef de l'Etat.

En d'autres termes, pour que le principe de la séparation de l'administration active et de la justice administrative soit satisfait, il faut que la justice administrative ne soit pas *retenue* par le chef de l'Etat, les tribunaux administratifs se bornant à éclairer sa décision par leurs conseils ; ces tribunaux doivent avoir en eux-mêmes un pouvoir propre et souverain de décision ; ils doivent exercer, suivant l'expression consacrée, une justice *déléguée*.

Ainsi, le raisonnement nous conduit à voir dans la séparation de l'administration active et juridictionnelle, et spécialement dans l'idée de justice déléguée, la conséquence logique, le complément nécessaire du principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative.

C'est aussi l'impression qui se dégage de l'histoire.

Ce n'est pas à dire, cependant, que les deux théories soient écloses en même temps et d'un seul jet ; loin de là. Seul le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire a été nettement posé par la Révolution, et ce n'est que peu à peu, par une laborieuse évolution, qu'il a entraîné le développement du principe de la séparation de l'administration active et de la justice administrative, son corollaire indispensable.

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives », dit la loi des 16-24 août 1790 dans son article 13, et ainsi, le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire se trouve formulé avec une parfaite précision dès le début du droit moderne.

Au contraire, on peut distinguer trois phases dans l'histoire du principe de la séparation de l'administration active et juridictionnelle.

α) La première est une phase d'inexistence, ou, pour mieux dire, d'existence virtuelle, puisque, selon nous, les deux principes sont inséparables, l'un appelant nécessairement l'autre. Les hommes de la Révolution ne comprirent pas ce lien intime, et c'est aux administrateurs actifs qu'ils confièrent la connaissance des litiges administratifs. « Les directoires, composés d'hommes choisis par le peuple pour un temps court et toujours en activité, doivent con-

duire toutes les affaires de l'administration. Pourquoi ne videraient-ils pas les questions contentieuses qui s'y rattachent ? » (1).

Au degré supérieur, c'était le roi en Conseil des ministres sous la Constitution de 1791, et chaque ministre individuellement sous celle de l'an III, qui connaissaient du contentieux administratif.

β) Une deuxième phase s'ouvre avec la Constitution du 12 frimaire an VIII. Elle est caractérisée par la création d'organes distincts chargés de juger les litiges d'ordre administratif, mais avec réserve au pouvoir exécutif d'une sorte de droit de contrôle sur leurs sentences. La justice est *retenue* par le chef de l'Etat.

Sans doute, cette proposition n'est strictement exacte que pour les décisions du Conseil d'Etat, organisé par la Constitution de l'an VIII elle-même. D'elles seules on peut dire que c'étaient de simples avis, de simples projets d'ordonnances ou de décrets soumis ensuite à la signature du chef de l'Etat, administrateur actif en même temps que juge. Les autres juridictions administratives — Conseils de préfecture, créés par la loi du 28 pluviôse an VIII, Cour des comptes, organisée par la loi du 16 septembre et le décret du 28 septembre 1807, Conseils de révision et Conseils privés des colonies, créés sous la

(1) Discours du député Pezons, 27 mai 1790, à l'Assemblée constituante.

Restauration — étaient bien douées d'un pouvoir propre : la justice leur était déléguée. Mais, si l'on remarque que toutes ces juridictions étaient subordonnées, soit par l'appel, soit par la cassation, au Conseil d'Etat, on voit qu'en définitive le chef de l'Etat, exerçant sa justice retenue, était bien le juge suprême du contentieux administratif tout entier.

Un tel régime de justice retenue subsista jusqu'en 1872, avec cependant une très éphémère période de justice déléguée sous la seconde République (Loi du 3 mars 1849 ; Décret du 25 janvier 1852).

γ) C'est la loi organique du Conseil d'Etat du 24 mai 1872 qui marque la fin de cette deuxième étape et l'avènement d'une troisième phase : Un nouveau pas est franchi dans la voie de la séparation de l'administration active et juridictionnelle par la consécration expresse du régime de la justice déléguée. L'article 9 est ainsi conçu : « Le Conseil d'Etat *statue souverainement* sur les recours en matière contentieuse administrative... » C'est dire que désormais, cette haute Assemblée ne se bornera plus à préparer des décrets au contentieux ; elle rendra de véritables arrêts.

Ce rapide historique confirme donc bien notre raisonnement. Le régime de la justice déléguée nous apparaît comme le fruit d'une lente évolution dont le point de départ réside dans le principe révolutionnaire de la loi des 16-24 août 1790, évolution opérée

sous la pression des besoins pratiques qu'un tel principe ne peut manquer de faire naître.

Nous sommes ainsi arrivés, par l'analyse rationnelle et historique, à une certaine conception de la justice retenue et de la justice déléguée : Nous nous les représentons en fonction du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ; c'est la nécessité d'assurer le respect des droits individuels, tout en sauvegardant l'indépendance de l'administration, qui nous paraît condamner la première et exiger l'exercice de la seconde.

Mais, ne peut-on pas pousser plus loin la discussion de ces notions de justice déléguée et de justice retenue ? Sans méconnaître la valeur des résultats déjà obtenus, ni la portée d'un processus historique. n'est-il pas permis d'attribuer à ces notions un fondement plus profond, plus scientifique et de les rattacher à la théorie qui se trouve à la base même du droit public : la théorie de la Souveraineté Nationale ? Nous voulons du moins l'essayer.

La justice doit-elle être déléguée ou retenue ? Il nous semble que la réponse à faire à cette question doit logiquement dépendre de la conception qu'on se fait de la souveraineté.

Dans un régime politique fondé sur la théorie du droit divin, l'idée de justice retenue non seulement se comprend, mais encore s'impose. Le roi est, en effet, la source même de la souveraineté ; c'est la main

de Dieu qui l'en a investi ; en sa personne résident tous les pouvoirs de l'Etat. En fait, il ne pourra pas exercer lui-même tous ces pouvoirs : il créera des organes dont la mission sera de pourvoir à telles fonctions de la souveraineté ; il leur « déléguera » l'exercice de tel ou tel pouvoir en le détachant de sa personnalité où tous ils sont concentrés. Mais, il lui est loisible aussi de conserver par devers lui toutes les fonctions étatiques qu'il lui plaira. Spécialement, au point de vue de l'administration de la justice, s'il peut organiser des tribunaux et leur donner mission de trancher tels ou tels litiges, il peut aussi, à son gré, « retenir » la connaissance de tous les procès qu'il trouvera bon de se réserver, et les trancher soit avec ses seules lumières, soit en s'entourant de l'avis de ses conseillers.

Il faut même, croyons-nous, aller plus loin : à proprement parler, si l'on donne aux mots leur vraie valeur, il nous semble qu'il ne saurait être question, dans un pareil régime, de justice vraiment « déléguée ». Sans doute, les tribunaux institués par le roi rendent de véritables arrêts, exécutoires sans la sanction du prince ; mais ce pouvoir ne leur appartient pas *en propre* : ils le tiennent du roi qui, par une concession bénévole et précaire, a bien voulu le leur confier ; ils ne l'exercent que par lui et pour lui ; c'est toujours le roi qui rend la justice soit par lui-même, soit par ses officiers, et ce ne peut être

que lui, car il en est la source unique, comme de tous les autres attributs de la souveraineté. Cela est si vrai qu'il lui est loisible, quand bon lui semble, de modifier le cadre des compétences, d'enlever à tel corps pour le confier à tel autre, la connaissance d'un litige, ou de la « retenir » en l'évoquant à lui. Qui pourrait s'en plaindre? N'est-ce pas à celui en qui réside toute la justice qu'il appartient d'en régler librement l'exercice?

Avec la théorie de la Souveraineté Nationale, il en va tout autrement : ce n'est plus l'idée de justice déléguée qui semble inharmonique, c'est celle de justice retenue qui est incompréhensible (1). Si la

(1) M. Artur, professeur à la Faculté de Rennes, dans un de ses articles consacrés à l'analyse et à la critique du livre de M. Jacquelin, « Les principes dominants du contentieux administratif » [*Revue du droit public*, 1900-1902], porte sur l'idée de justice retenue la même appréciation, en partant du principe de la séparation des pouvoirs. Selon lui, « la théorie des trois pouvoirs est incompatible avec l'idée de justice retenue » (Revue citée, 1900, II, p. 57); et par « pouvoirs », M. Artur entend les fonctions du pouvoir : « La question de savoir s'il y a deux ou trois pouvoirs se ramène à savoir s'il y a deux ou trois fonctions irréductibles l'une à l'autre » (p. 46).

Nous croyons cependant qu'en prenant pour base de raisonnement l'idée de souveraineté nationale, la notion de justice retenue est incompréhensible, même si l'on analyse la Souveraineté en deux fonctions primordiales seulement et si l'on donne un sens purement organique à la théorie des trois pouvoirs. Quelles que soient, en effet, les idées admises en matière de séparation des pouvoirs, il reste incontesté que le chef de l'Etat n'est souverain à aucun titre, qu'il ne possède en propre aucune parcelle du pouvoir, qu'il ne saurait dès lors rien déléguer ni retenir.

Il nous semble que l'idée de justice retenue n'est commandée

souveraineté appartient à la Nation — que l'on entende par là l'être collectif et successif qui s'identifie avec l'Etat, ou la somme, la masse totale des citoyens pris individuellement, peu nous importe ici — il en résulte immédiatement cette conséquence capitale : les titulaires des pouvoirs de l'Etat, quels qu'ils soient, ont l'exercice d'une souveraineté qu'ils tiennent de la Nation et qui n'est pas leur propriété ; tous ils sont des organes représentatifs, car tous ils exercent leur souveraineté du chef et par représentation du Souverain, c'est-à-dire de la Nation. Et cela est vrai du chef de l'Etat aussi bien que des autres organes du pouvoir : de même que l'assemblée des députés exerce la fonction législative de la souveraineté pour le compte de la Nation, de même que les juges rendent la justice en son nom, de même le chef

par la théorie de la séparation des pouvoirs qu'à titre subsidiaire en quelque sorte, si on ne prend pas soin de la condamner tout d'abord au nom de la souveraineté nationale. En effet, même si on considère le chef de l'Etat comme souverain, on peut dire : il y a des organes divers du pouvoir, chacun a une mission propre, et il importe pour la bonne gestion des affaires publiques que chacun la remplisse sans empiéter sur le domaine des autres ; donc, le chef de l'Etat, organe exécutif, ne doit pas faire œuvre de juge. Mais, qu'on le remarque bien, ce n'est pas à la question théorique du dénombrement des fonctions du pouvoir qu'il est ici fait appel, mais bien à la séparation des pouvoirs envisagée au point de vue pratique, c'est-à-dire à la séparation organique des pouvoirs.

La valeur de ce raisonnement fondé sur la théorie de la séparation des pouvoirs pourrait d'ailleurs être très contestée : Nous avons vu que la séparation des pouvoirs, sainement entendue, comportait « l'exercice par chacun d'eux, dans une certaine mesure, des trois manifestations de la souveraineté ». Cette « mesure », cette limite est évidemment très délicate à définir....

de l'Etat — monarque ou président de la République — exerce un pouvoir qui ne lui appartient pas en propre ; il représente la Nation en matière exécutive dans le même sens et au même degré que les députés et les juges peuvent la représenter en matière législative et judiciaire.

La conclusion s'impose : puisque le chef de l'Etat n'est la source d'aucun pouvoir, qu'il n'a que l'exercice de la souveraineté, et seulement pour la portion que la Nation lui a confiée par l'entremise de la constitution, il ne saurait être question de justice par lui déléguée ou retenue ! Peu importe qu'il s'agisse de justice administrative ou judiciaire : La loi, expression de la volonté nationale, organise des corps spéciaux chargés de rendre la justice dans les procès d'ordre civil, criminel ou administratif.

Sans doute, il se peut que les membres de ces tribunaux soient nommés par le chef de l'Etat, mais il n'y a là qu'un mode de désignation, un procédé de recrutement librement adopté par la loi. Cette nomination n'implique et ne peut impliquer aucune délégation, aucune transmission de pouvoirs : On ne peut transmettre et déléguer que ce qui vous appartient. Il est bien vrai que tous ces juges exercent une justice *déléguée*, mais cette délégation émane de la Nation elle-même, qui seule est capable de l'exercer, car en elle seule réside la souveraineté. Le chef de l'Etat n'est souverain à aucun titre, pas plus que

n'importe quel autre organe du pouvoir, pas plus notamment que n'importe quelle juridiction ; tous sont les agents d'une souveraineté qui n'est pas leur ; tous ont les mêmes droits dans leur sphère propre d'attributions ; tous sont, pour la mission dont ils sont investis, les représentants de la Nation (1).

Nous arrivons ainsi à voir dans l'expression de « justice retenue » par le chef de l'Etat un anachronisme, une antinomie radicale avec les principes mêmes du droit public moderne.

La Révolution, dès le triomphe du principe de la Souveraineté Nationale, a proclamé l'indépendance du pouvoir judiciaire, lui donnant tous les attributs nécessaires à la mission qu'elle lui confiait. De même, le jour de la création des tribunaux administratifs, ce principe exigeait la reconnaissance à ces organes d'un pouvoir absolu de décision dans les limites de leur compétence. Pourquoi réserver un droit de *veto* au chef de l'Etat, pourquoi maintenir en matière administrative le système de la justice retenue si heureusement enfoui sous les ruines de l'ancien régime ?

La justice administrative est, comme tous les autres pouvoirs de l'Etat, un attribut de la souveraineté ; elle appartient en propre à la Nation seule, qui

(1) Ces développements sur la souveraineté nationale nous ont été inspirés par les lumineuses leçons de M. Carré de Malberg, professeur à la Faculté de Nancy (Cours de 1898-99).

en délègue à son gré l'exercice ; comment, dès lors, le chef de l'Etat peut-il « retenir » cette justice ?

Nous n'insisterons pas davantage sur la discussion théorique des idées de justice retenue et de justice déléguée. Notre but était, dans cette introduction, de faire la critique du concept de justice retenue, et nous pensons avoir suffisamment rempli cette tâche : Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, l'histoire, la théorie de la souveraineté nationale, ont successivement condamné à nos yeux le système de la justice retenue.

Un tel système ne laisse-t-il plus cependant aucune trace dans notre droit moderne ?

Nous avons vu la loi du 24 mai 1872 le proscrire formellement dans son article 9 : « Le Conseil d'Etat statue *souverainement* sur les recours en matière contentieuse administrative... »

Cette disposition, quelque nets qu'en soient les termes, a-t-elle eu une portée absolument générale ? a-t-elle arraché sans réserve toutes les manifestations du régime de la justice retenue ?... L'immense majorité des auteurs l'admet.

Mais pour notre part, avec quelques jurisconsultes (1), nous ne le pensons pas et c'est cette démonstration, si délicate qu'elle paraisse en présence du texte de l'article 9 de la loi de 1872, qu'il nous semble intéressant de tenter.

(1) Notamment MM. Jean Appleton, Hauriou, Béquet.

Deux moyens nous sont offerts pour réaliser cette fin :

1° Examiner successivement les diverses hypothèses qui nous paraissent constituer des vestiges du système de la justice retenue, — notamment les recours au Conseil d'Etat contre les décisions du Conseil des prises, en matière de prises maritimes, les recours pour abus, le recours organisé par l'article 40 du décret du 22 juillet 1806, les recours des préfets tendant à l'annulation des délibérations des Conseils généraux en vertu des articles 33 et 47 de la loi du 10 août 1871, les recours formés en vertu de l'article 13 de la loi du 21 juin 1865 contre les arrêtés des préfets qui créeraient des associations syndicales autorisées en dehors des cas prévus par la loi.

2° Concentrer notre effort sur l'une de ces espèces, et essayer de démontrer qu'elle est bien un cas de justice retenue.

Nous n'hésitons pas à donner la préférence à ce second procédé : notre travail aura ainsi plus d'unité, plus de cohésion, et nous ne serons pas condamné à des longueurs et à des redites en revenant sur les mêmes arguments à propos de chacun des recours énumérés.

Si nous réussissons dans notre démonstration, notre but sera d'ailleurs aussi complètement atteint : nous aurons prouvé qu'il existe encore une justice retenue, et c'est là toute la tâche que nous nous assignons.

Cette méthode adoptée, il nous reste à choisir l'objet de nos raisonnements. Ici encore, nous ne saurions avoir d'hésitation : le recours pour abus constitue l'hypothèse la plus intéressante et la plus importante au point de vue pratique : c'est lui qui nous servira de champ d'étude.

Il importe, tout d'abord, d'indiquer très brièvement en quoi consiste le recours pour abus, et de poser avec netteté la question.

Le recours pour abus est le fruit nécessaire de la distinction du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel. Il faut que la société civile et la société religieuse soient également libres et n'empiètent pas l'une sur l'autre : l'Etat, maître de tout ce qui se passe sur son territoire, doit tenir la balance égale entre leurs intérêts, et réprimer toute immixtion de l'une dans le domaine de l'autre. Le recours pour abus est précisément le moyen qui lui permet de remplir cette mission. « Il est destiné à protéger le pouvoir temporel contre les abus de l'autorité ecclésiastique, et celle-ci contre les empiètements du Gouvernement » (1).

(1) Bathie, *De l'appel comme d'abus*, brochure, 1851.

Le recours pour abus doit être, en effet, une arme à deux tranchants :

a) Il faut, d'une part, qu'il permette de « réprimer toute entreprise sur la temporalité, et d'empêcher que, sous des prétextes religieux, on ne puisse troubler la police et la tranquillité de l'Etat ».

b) Il importe, d'autre part, que l'on puisse à son aise « faire jouir les citoyens des biens spirituels qui leur sont garantis par la loi portant autorisation du culte qu'ils professent » (1).

C'est pour répondre à ces deux idées que la loi organique du 18 germinal an X distingue :

ART. 6. — « Il y aura recours au Conseil d'Etat dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques. — Les cas d'abus sont... »

ART. 7. — « Il y aura pareillement recours au Conseil d'Etat s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et les règlements garantissent à ses ministres. »

Donc, la voie du recours pour abus est ouverte chaque fois que le droit public ecclésiastique est violé, soit par une autorité religieuse; soit par une autorité civile.

Quelle est la nature de ce recours ? Quels caractères présente-t-il ?

(1) Portalis, *Discours et rapports sur le Concordat*, p. 189.

A lire la presque unanimité des auteurs, le chef de l'Etat, en son conseil, ne trancherait pas un débat contentieux ; il statuerait comme autorité gouvernementale sur un recours de nature essentiellement disciplinaire, suivant les uns, de nature avant tout politique, dirigé contre un acte abusif et non contre la personne de son auteur, suivant les autres.

Il est dans les attributions normales du chef de l'Etat de maintenir les droits de la société civile, de faire respecter le libre exercice des cultes et le pacte concordataire, d'assurer la tranquillité publique : c'est en raison de cette mission qu'il intervient dans le recours pour abus ; il y a là une matière qui rentre dans la politique générale de l'Etat.

« On ne saurait mettre en doute le caractère politique et gouvernemental de la juridiction que le chef de l'Etat, statuant en son conseil, s'est réservé dans tous les cas d'abus » (1).

M. Batbie, dans son *Traité de droit public* (2), s'exprime ainsi : « L'appel comme d'abus a un double caractère. Principalement il a pour objet d'assurer l'indépendance du spirituel et du temporel, et de maintenir chacun des deux pouvoirs dans sa sphère par la répression, non seulement des délits prévus par la loi pénale, mais aussi des faits qui, sans être frappés

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, 2^e édition, p. 84.

(2) Batbie, t. II, 2^e édition, p. 221.

de peines, constituent cependant des entreprises tombant sous le coup du pouvoir disciplinaire..... En deuxième lieu, l'appel comme d'abus est un préalable administratif que les parties doivent, suivant les distinctions qui seront exposées ci-dessous, remplir avant de poursuivre les ministres du culte devant les tribunaux criminels de droit commun. »

La même note se trouve dans l'ouvrage de M. Ducrocq (1) : « L'article 1^{er} du Concordat, en reconnaissant au Gouvernement le droit de faire des règlements applicables au culte catholique, aurait d'ailleurs constaté à son profit le droit de créer, si cela eût été nécessaire, une institution dont le véritable caractère est d'être une mesure de police gouvernementale dans l'intérêt de la paix publique..... C'est une mesure de haute police qu'il s'agit de rendre..... Aussi les recours pour abus n'appartiennent pas au contentieux administratif : ils sont portés à l'assemblée générale du Conseil d'Etat..... »

M. Auroc dit de même dans ses *Conférences de droit administratif* (2) : « Les attributions du Conseil en matière administrative dérivant de ces deux origines sont fort étendues. Ainsi, il est associé à la surveillance du Gouvernement sur les actes de différentes natures qu'entraîne la pratique des cultes,

(1) Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. III, p. 450, 7^e édition.

(2) Auroc, t. I, p. 163, 3^e édition.

soit au point de vue du ministère spirituel, soit au point de vue de l'administration temporelle. »

« Nous pensons, dit M. Fuzier-Herman, dans son *Répertoire*, que les attributions du Conseil d'Etat en matière d'abus sont d'ordre disciplinaire » (1).

Notons enfin l'opinion adoptée par MM. Labbé et Lesur dans leurs thèses récentes sur le recours pour abus :

« La juridiction exercée à ce propos, écrit M. Labbé (2), n'est ni administrative, ni judiciaire : elle est gouvernementale... » — « C'est, dit-il encore, une juridiction politique et gouvernementale que le Conseil d'Etat remplit : il est chargé de la haute police des cultes. »

« Quant au caractère de ce recours, dit à son tour M. Lesur (3), il est politique et gouvernemental, ce qui implique, à notre sens, qu'il n'a aucun caractère juridictionnel, disciplinaire ou contentieux, comme on l'a soutenu quelquefois. C'est le chef de l'Etat qui statue sur les questions d'abus avec le concours et l'avis du Conseil d'Etat, qui, dans l'espèce, n'apparaît pas comme une juridiction, mais comme un simple auxiliaire du pouvoir exécutif. »

Certes, la thèse est séduisante ; en la forme il est certain que ce recours n'a rien de contentieux.

(1) Fuzier-Herman, *Répertoire*, V^o *Abus*.

(2) Labbé, *Du recours pour abus au XIX^e siècle*, p. 62 et 79, Paris, 1898.

(3) Lesur, *Les questions préjudicielles d'abus*, Paris, 1902.

« L'affaire est terminée dans la forme administrative », disent les Articles organiques ; et, lorsque les lois de 1849 et de 1872 donnent au Conseil d'Etat un pouvoir propre de décision « en matière contentieuse administrative », il ne vient à l'esprit de personne de faire rentrer dans cette formule le recours pour abus ; il continue à être réglé administrativement. Ce n'est pas la section du contentieux qui s'en occupe, mais bien l'assemblée générale du Conseil d'Etat qui n'est pas une formation contentieuse (1). Il ne donne pas lieu à un arrêt mais à un décret du chef de l'Etat rendu en Conseil d'Etat.

Mais il ne faut pas s'en tenir aux apparences ni s'arrêter à quelques formules générales sur la mission des pouvoirs publics et du chef de l'Etat, sur l'importance politique et gouvernementale de ce recours ; il faut procéder par voie d'analyse.

Or, qu'est-ce qui caractérise un recours contentieux ? C'est que, dans un tel recours, on n'invoque pas la lésion de simples intérêts ; on se prévaut de la violation formelle d'un droit.

(1) Décrets successifs portant règlement intérieur du Conseil d'Etat : Règlement intérieur du 15 juin 1850, D. 1850, IV, 433, art. 9 : « Sont portés à l'assemblée générale du Conseil d'Etat... ; 2° les recours pour abus ; 3° » ; Règlement intérieur des 21-25 août 1872, D. 1872, IV, 101, titre 2, art. 5 : « Sont portés à l'assemblée générale du Conseil d'Etat : Les projets de décret qui ont pour objet : 1° ; 2° le recours pour abus ; 3° » ; décrets des 2-4 août 1879, D. 1879, IV, 73 ; décret des 3-4 avril 1886, D. 1886, IV, 82.

Pour qu'il y ait lieu à débat contentieux, « il suffit qu'on relève une infraction au droit » (1).

Eh bien ! le recours pour abus rentre-t-il dans le cadre de cette formule ? Toute la question est là. Si oui, nous devons lui reconnaître une nature contentieuse, et nous aurons le droit d'y voir une survivance de la justice retenue.

L'histoire d'abord, les textes et la jurisprudence ensuite vont nous fournir les éléments d'une solution : notre travail comportera ainsi deux parties.

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 6.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA NATURE DU RECOURS POUR ABUS D'APRÈS L'HISTOIRE

Quelle était, sous l'ancien régime, la nature de l'appel comme d'abus ?

Il ne nous paraît pas contestable qu'il était une voie contentieuse.

C'était une juridiction judiciaire, les Parlements, qui en connaissait. L'argument peut paraître insuffisant ; nombreux étaient, en effet, les empiétements de ces corps judiciaires sur l'autorité gouvernementale et administrative : il suffit de rappeler leur droit d'enregistrement et de remontrance, le droit de prendre des « arrêts de règlement », le droit de citer à leur barre les fonctionnaires et de critiquer leur conduite, etc. Peut-être aussi avaient-ils conquis peu à peu le droit de connaître des appels comme d'abus, usurpant une fonction d'ordre purement administratif ? Les choses ne s'étaient pourtant pas passées ainsi. C'est en vertu de textes précis que les Parlements jugeaient les appels comme d'abus ; une

série d'ordonnances les avait investis de ce droit (1).

« L'appel comme d'abus, dit M. Esmein, était une voie de droit qui pouvait être intentée par les particuliers ou par les procureurs généraux, et par laquelle on déférait au Parlement un acte de l'autorité ecclésiastique, comme contraire aux lois et aux coutumes du Royaume ou aux canons reçus en France » (2).

Sans doute, la compétence des Parlements n'était pas sans réserve : de nombreuses affaires d'abus étaient « retenues » par le roi jugeant en son conseil ; mais c'était là l'application pure et simple des principes dégagés dans notre introduction : la matière de l'appel comme d'abus n'échappait pas plus qu'aucune autre à la pratique des évocations. Cette pratique provoquait d'ailleurs les remontrances des Parlements « ... Ce qui ne peut recevoir d'excuse, s'écriait au mois d'août 1657 l'avocat général Talon (3), ce qui choque l'observation des ordonnances est la rétention des causes au conseil avec une facilité sans exemple.... Ainsi, l'on forme insensible-

(1) Ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539, art. 5 et 7 ; édit du 16 avril 1571, art. 5 ; édit de Blois 1574, art. 59 ; édit de Melun 1580, art. 1 ; édit de décembre 1606, art. 2 et 6 ; édit de décembre 1610 ; édit de décembre 1633 ; édit de janvier 1674, art. 7 ; édit de 1695, art. 11, 18, 20, 29, 35, 36, 37 ; déclaration du 22 août 1702 ; lettres patentes du 6 octobre 1722 et du 5 avril 1744.

(2) Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, p. 657.

(3) Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVII, p. 343.

ment un tribunal ordinaire dans le conseil qui se déclare compétent dans toutes sortes de matières. L'on y juge des appellations comme d'abus, des contestations entre les évêques et les chapitres... »

Il n'y a rien là qui puisse nous étonner ; c'est le jeu même de la souveraineté de droit divin, et la nature de l'appel comme d'abus ne se trouve aucunement modifiée de ce chef.

Au reste, devant les Parlements, la procédure suivie pour les appels comme d'abus était une procédure contentieuse ; et ceci vient donner toute sa valeur, toute sa signification à la compétence de ces corps judiciaires. Le recours était introduit soit au moyen d'une requête d'abus adressée au Parlement, soit par la voie du pourvoi en Chancellerie ; et pendant l'instance, le droit de défense était sauvegardé, le Parlement ne pouvant rendre de décision qu'après l'audition des parties (Déclarations de 1657 et 1666).

Enfin, lors de la floraison de toutes les théories des légistes favorables à l'extension du pouvoir royal, les Parlements, non contents de prononcer l'abus dans les cas alors déterminés (1), imaginèrent les cas dits « privilégiés » et le caractère contentieux de ces espèces, assimilées aux hypothèses d'abus, apparaîtrait avec une netteté parfaite puisqu'il s'agissait

(1) Voir notamment Pierre Pithou, *Libertés de l'Eglise Gallicane*, édition de Durand de Maillane, 1771, p. 745 ; au XVIII^e siècle, Jousse, *Commentaire sur l'Edit de 1695*, art. 35, p. 279 et s.

pour le Parlement de connaître des crimes ou des délits commis par un ecclésiastique et présentant pour l'ordre public une particulière gravité : lèse-majesté, faux, fausse monnaie, diffamations, injures, etc. ; leur liste ne fut jamais officiellement arrêtée (1).

Du caractère contentieux de l'appel comme d'abus dans l'ancien droit, l'argument est facile à tirer en faveur de notre thèse. Il est constant, en effet, que le recours pour abus n'est, dans notre législation, que le prolongement de l'appel comme d'abus ; il répond au même besoin, il est toujours l'arme qui permet de défendre l'une des sociétés civile ou religieuse contre les empiétements de l'autre.

Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux « Rapports et discours sur le Concordat et les Articles organiques » de Portalis. Après avoir indiqué que les rois de France se refusèrent toujours à préciser trop nettement l'énumération des cas d'abus, il ajoute : « Le Concordat n'a donc fait que se conformer aux maximes les plus sages ; car la politique réclame les mêmes règles pour ne pas borner l'autorité d'un régime républicain que pour ne pas entraver l'action d'un régime monarchique... C'est là une loi d'Etat... » Et il continue dans son rapport à montrer à Napoléon quel était le rôle de l'appel comme d'abus sous l'ancien régime et la nécessité

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VI, p. 270.

de le maintenir dans les mêmes conditions sous le nouveau Gouvernement.

Puisque le recours pour abus des Articles organiques est la reproduction de l'ancienne théorie de l'appel comme d'abus, comment lui reconnaître un caractère différent ? Bien au contraire, il nous semble que la nature contentieuse du recours peut moins encore être contestée dans notre droit moderne. A une époque, en effet, où la religion catholique était religion d'Etat, les Parlements pouvaient trouver en quelque sorte, dans leur rôle de conseil des rois, la faculté d'examiner les actes mêmes du culte, qui touchaient à la conscience sans mettre en jeu aucun intérêt temporel ; aujourd'hui un tel empiétement sur le domaine spirituel ne se concevrait pas. Le juge de l'abus doit distinguer avec soin ce qu'il peut y avoir de spirituel ou de temporel dans l'acte incriminé, et jamais il n'a failli à ce devoir. Il ne s'inquiète pas des lois d'ordre religieux que le prêtre a pu violer, il ne porte son attention que sur la partie temporelle et ne s'occupe que de la violation du droit, des atteintes à l'ordre public.

Sans doute, dans le droit moderne, ce ne sont plus des organes judiciaires qui connaissent du recours, mais qu'importe ! un changement de compétence n'a jamais suffi à transformer la nature d'une voie de droit. Les Articles organiques ont attribué au Conseil d'Etat la connaissance des recours pour abus, parce

que ce corps, placé au centre de l'administration, paraît plus apte à sauvegarder les intérêts de chacun, à maintenir « l'unité de conduite et de principe ». « Les Parlements, disait Portalis (1), qui étaient autrefois juges de l'abus, sont remplacés dans notre nouvelle législation par le Conseil d'Etat, et cet ordre nouveau est bien plus favorable aux ecclésiastiques que l'ancien ; car les Parlements n'étaient que des tribunaux dont la juridiction rivalisait avec celle du clergé. Dans l'exercice de cette juridiction, le magistrat particulier pouvait difficilement se défendre contre l'esprit de corps et contre les petites passions qui agitent un rival. La même chose n'est pas à craindre dans le Conseil d'Etat qui ne voit que le Gouvernement et qui n'existe que par lui. En effet, il est dans la nature du Gouvernement, ce centre de tous les pouvoirs et de toutes les administrations, de ne jalouser aucune administration, de ne rivaliser avec aucun pouvoir, de protéger tout et de ne s'armer contre personne. »

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que la compétence administrative soit admise par tous sans regrets en matière de recours pour abus ; un certain nombre d'auteurs se sont posés en partisans résolus de l'attribution aux juges ordinaires de la connaissance de cette matière (de Cornemin, Dupin, Boyard, etc.),

(1) Portalis, *Discours et rapports sur les Articles organiques*, p. 207 et 209.

et ceci montre que, dans leur esprit, le doute lui-même n'est pas né sur le caractère du recours pour abus.

Au reste, le législateur, depuis la Révolution, s'est à plusieurs reprises prononcé en faveur de leur opinion, affirmant ainsi nettement la nature contentieuse du recours.

Pendant la période intermédiaire, tout d'abord, après la disparition des Parlements, la connaissance des recours pour abus fut attribuée aux tribunaux de district avec recours à la Cour de cassation (Loi des 15-24 novembre 1790, art. 5 ; Duvergier, t. II, p. 28).

Les Articles organiques ne tranchèrent pas d'une manière définitive la question. En 1813, à la suite du Concordat de Fontainebleau, Napoléon rendit un décret (1) qui portait dans son article 5 : « Nos Cours impériales connaîtront de toutes les affaires connues sous le nom d'appel comme d'abus, ainsi que de toutes celles qui résulteraient de la non-exécution des lois des Concordats », et dans son article 6 : « Notre grand-juge présentera un projet de loi pour être discuté en notre conseil, qui déterminera la procédure et les peines applicables dans ces matières » (2).

(1) Décrets du 25 mars 1813, *Bulletin des lois*, 1^{er} semestre 1813, p. 511-512.

(2) Ce projet n'a d'ailleurs jamais été déposé et le Concordat de Fontainebleau n'a jamais été exécuté. L'article 8 de l'ordonnance de 1814 reconnaît expressément la compétence du Conseil d'Etat en matière d'abus.

Toujours dans le même sens, il faut citer la déclaration ministérielle du 22 novembre 1817 (1). Après avoir indiqué les raisons pour lesquelles le gouvernement de Louis XVIII maintenait le recours pour abus, les ministres disaient : « La connaissance de l'appel comme d'abus sera attribuée aux Cours royales. » Et, répondant en quelque sorte aux raisons invoquées par Portalis en faveur de la compétence du Conseil d'Etat, ils ajoutaient : « Ces corps de magistrature sont assez élevés pour devenir étrangers aux petites passions, qui se déchainent si souvent contre les dépositaires de l'autorité, soit civile, soit religieuse, et pour résister à l'influence de ces autorités mêmes. Composés de magistrats inamovibles, ils sont éminemment propres à conserver le dépôt de nos maximes nationales et à en perpétuer la tradition. »

Enfin, l'article 8 du Concordat de 1817, négocié par M. de Blacas, était ainsi conçu : « Les cas d'abus spécifiés en l'article 6 et ceux de troubles prévus par l'article 7 de la loi du 18 avril 1802 seront portés directement aux Cours royales, première chambre civile, à la diligence de nos procureurs généraux, ou sur les poursuites des parties intéressées. Les Cours royales statueront dans tous les cas, qui ne seront pas prévus par les Codes, conformément aux

(1) *Moniteur universel* du 23 novembre 1817, p. 1292.

règles anciennement observées de ce royaume, sauf le recours en cassation. »

Ce Concordat fut du reste rejeté, et le Conseil d'Etat est demeuré seul compétent en matière d'abus : les travaux préparatoires de la loi organique du 19 juillet 1845 vont nous fournir de précieux arguments en faveur du caractère contentieux de ce recours.

Sous la Restauration, le Conseil d'Etat, réorganisé par une série d'ordonnances (1), était tombé dans un profond discrédit ; il avait perdu, « au regard du Gouvernement et du public, la haute situation et le renom d'indépendance qu'il avait eus sous l'Empire » (2). Spécialement au point de vue du jugement des affaires contentieuses, les vices de l'organisation étaient manifestes ; non seulement la justice était retenue par le roi, mais encore celui-ci pouvait évoquer devant le Conseil des ministres, dit Conseil d'en haut « toutes les affaires du contentieux de l'administration qui se lieraient à des vues d'intérêt général » (3) ; de plus, le comité du contentieux était placé sous la présidence du ministre de la justice et l'assemblée générale du Conseil d'Etat délibérant au contentieux comprenait, outre tous les membres

(1) Ordonnances des 29 juin 1814 ; 23 août 1815, 26 août 1824 ; et 5 novembre 1828.

(2) Laferrière, t. I, p. 227, *op. cit.*

(3) Ordonnance du 29 juin 1814, art. 7, § 2, et ordonnance du 19 avril 1817.

du service ordinaire : les ministres, les conseillers d'Etat en service extraordinaire et même les membres du Conseil qui avaient concouru dans les comités ou dans les ministères à la préparation des décisions attaquées ; enfin, les garanties de la publicité et de la discussion orale devant le Conseil étaient inconnues.

Dans le but de calmer les plaintes les plus vives, — et en attendant que les travaux de la Commission nommée dès le mois d'août 1830 (1) pour préparer un projet de loi sur le Conseil d'Etat aient abouti — le gouvernement de Juillet, après avoir provisoirement maintenu au Conseil ses attributions, prit les mesures les plus urgentes et réalisa par voie d'ordonnances, dites provisoires, les réformes qui pouvaient désarmer les plus pressantes critiques de l'opinion libérale. Les séances du Conseil délibérant au contentieux devinrent des audiences publiques où les avocats des parties furent admis à présenter des observations orales ; les conseillers d'Etat en service extraordinaire et les membres du service ordinaire appartenant aux comités qui avaient délibéré sur les décisions attaquées en furent exclus ; un ministère public, composé de trois maîtres de requêtes, commissaires du roi, fut institué, et reçut mission de conclure à l'audience dans toutes les affaires (2).

Cependant, ces mesures prises pour l'instruction

(1) Ordonnance des 20 août-1^{er} septembre 1830.

(2) Ordonnances des 2-26 février, 12-21 mars 1831.

et le jugement des affaires contentieuses ne furent pas étendues à toutes ces affaires. Voici le titre singulièrement suggestif de l'ordonnance des 12-21 mars 1831 : « Ordonnance qui modifie celle du 2 février dernier sur la publicité des séances du Conseil d'Etat et le mode de décision des affaires contentieuses et des conflits à *l'exception des appels comme d'abus...* » Et l'ordonnance nous en indique le motif : « Considérant... que les formes établies par la loi encore subsistante du 18 germinal an X, concernant les appels comme d'abus, ne permettent pas de les traiter en séance publique... »

L'argument s'impose : Puisque le législateur excepte formellement, — pour des raisons d'ordre public spéciales — le recours pour abus de l'application d'une procédure relative « aux affaires contentieuses », c'est donc bien que ce recours constitue à ses yeux une de ces affaires ! Si tel n'était pas son caractère, point n'aurait été besoin de l'exclure.

Voici du reste ce que dit sur cette réforme M. Dalloz, dans son très remarquable rapport déposé le 10 juin 1840 sur le bureau de la Chambre des députés « au nom de la Commission chargée de l'examen du projet de loi sur l'organisation du Conseil d'Etat » (1) : « Le gouvernement s'est hâté d'accor-

(1) Il n'y eut pas moins de 6 projets successifs.

1^o Celui de la commission formée en 1830, élaboré par M. de Vatismesnil ;

2^o Celui de 1833, présenté par M. Barthe à la Chambre des pairs ;

der par de simples ordonnances ce qui pouvait être, à la rigueur, du domaine d'un règlement d'administration publique, savoir : la publicité, la défense orale et l'audition du ministère public pour le jugement des affaires contentieuses, à l'exception de certaines affaires telles que : les prises maritimes, les appels commed'abus, et quelques autres... » Il s'agit là des ordonnances des 2 février et 12 mars 1831.

En revanche, l'ordonnance du 18 septembre 1839 va plus loin. Non seulement elle soustrait à la publicité et au débat oral les affaires contentieuses dont il s'agit, mais encore elle traite de tous points ces affaires, au point de vue de la procédure, comme des affaires administratives. Nous disons : au point de vue de la procédure, car il ne viendra à l'esprit de personne de soutenir que cette ordonnance ait modifié la nature même du recours pour abus. «... En retour, lit-on dans le rapport de M. Dalloz, cette ordonnance a rangé dans la catégorie d'affaires purement administratives des affaires qui, sauf la pu-

3^e Celui de 1835, présenté à la Chambre des députés par M. Persil ;

4^e Celui de 1837, présenté à la Chambre des députés par M. Barthe ;

5^e Celui de 1840, sur lequel précisément M. Dalloz fit le rapport dont nous parlons ;

6^e Celui de 1843, qui seul aboutit et devint la loi du 19 juillet 1845.

Le rapport de M. Dalloz et le projet de la commission dont il était le rapporteur figurent au *Moniteur universel* du 24 juillet 1840, p. 1541.

blicité et la plaidoirie, avaient toujours été instruites dans la forme contentieuse, telles que les prises maritimes, les appels comme d'abus, les demandes en autorisation de poursuivre les agents du gouvernement, et quelques autres semblables. »

Mais c'est dans le projet de la Commission dont M. Dalloz est l'organe que le caractère contentieux du recours pour abus s'affirme avec une clarté et une précision merveilleuses.

Ce projet, empreint d'un très large libéralisme, avait pour idée maîtresse la reconnaissance d'un pouvoir propre de décision, d'une « justice déléguée » au Conseil d'Etat ; eh bien ? il n'hésitait pas à ranger un grand nombre de cas d'abus dans la compétence de la section du contentieux ; et ainsi il faisait dans la voie libérale un pas qu'il nous reste encore à franchir. « La section du contentieux prononce souverainement et en dernier ressort, sauf le recours dont il est parlé ci-après :

« 1° Sur les questions de compétence entre les autorités administratives en matière contentieuse ;

« 2° Sur les recours pour incompétence et excès de pouvoir contre les décisions administratives ;

« 3° Sur les recours contre les décisions administratives en matière contentieuse, qui ne sont pas rendues en dernier ressort ;

« 4° *Sur les appels comme d'abus, émis soit par les particuliers contre des ministres du culte, soit*

par les ministres du culte contre leurs supérieurs ;

« 5° Sur les prises maritimes ;

« 6°..... (1). »

On ne saurait, n'est-il pas vrai, trancher plus nettement la question qui nous occupe et affirmer plus catégoriquement la nature contentieuse du recours pour abus.

Il est capital de rechercher, avec l'éminent rapporteur, pourquoi la Commission a cru devoir, dans son projet, opérer une distinction entre les divers cas d'abus, pour donner la connaissance des uns à la section du contentieux tandis qu'elle réservait celle des autres à l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Quand nous connaissons ces raisons, nous saurons du même coup celles qui ont fait rejeter par le Parlement, lors de la discussion de la loi, la compétence, même partielle, de la section du contentieux et donner à l'assemblée générale la connaissance de tous les cas d'abus : nous pourrons sainement apprécier cette solution et en fixer la juste portée.

La distinction qu'on trouve dans le projet n'avait pas été admise à l'unanimité : beaucoup de membres de la Commission étaient d'un avis diamétralement opposé à celui qui, en fin de compte, devait prévaloir dans la loi, et voulaient qu'on attribuât dans tous les cas, sans faire aucune distinction, la connaissance

(1) Tit. II, sect. II, art. 28, *Moniteur universel* de 1840, p. 1547.

du recours pour abus à la section du contentieux « parce que — qu'on nous permette de citer intégralement la lumineuse démonstration de M. Dalloz (1) — parce que, dans tous les cas, il ne s'agit pas seulement d'apprécier un simple intérêt, mais un droit dérivant soit des lois générales, soit des lois spéciales qui règlent les rapports de l'Eglise avec l'Etat, soit même de la loi fondamentale.

« En effet, quand un particulier recourt à la voie de l'appel comme d'abus, il lutte, le plus souvent, soit pour son honneur outragé, soit pour la défense du droit le plus inviolable de l'homme et du citoyen, la liberté de la pensée religieuse. Le ministre du culte, qui réclame contre ses supérieurs défend le sacerdoce qu'il ne tient pas seulement de l'autorité spirituelle, mais encore de la puissance temporelle ; il plaide pour son état, c'est-à-dire pour son existence sociale ; il exerce aussi un droit qui a son principe dans la loi.

« Enfin, quand le gouvernement lui-même, ou par l'organe de ses préfets ou de ses procureurs généraux, exerce l'appel comme d'abus, soit pour faire rentrer l'autorité spirituelle dans les limites que lui trace le Concordat et le principe de liberté de l'Eglise gallicane, soit pour réprimer les atteintes portées à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois

(1) *Moniteur*, 1840, p. 1545.

garantissent à ses ministres, c'est encore sur des *droits* écrits dans les lois politiques et civiles qu'il s'agit de prononcer.

« Dans tous ces cas, la matière est contentieuse, et le jugement, d'après les principes qui ont été posés plus haut, ne peut appartenir qu'à la section du contentieux. »

Malgré la puissance de cette argumentation, que nous sentirons mieux encore après avoir passé en revue les divers cas d'abus dans la deuxième partie de ce travail, la majorité de la Commission n'adopta pas cette solution radicale. Si elle n'hésita pas à conférer à la section du contentieux les recours exercés par les particuliers contre les ministres du culte et ceux exercés par les ministres du culte contre leurs supérieurs, elle ne crut pas pouvoir aller jusque-là pour les recours exercés par le gouvernement lui-même.

Dans les deux premières hypothèses, « elle n'a vu qu'un débat sur des droits privés, auxquels on peut sans danger rendre aujourd'hui les garanties qu'ils trouverent autrefois devant l'autorité judiciaire.

Mais la majorité n'a pas pensé qu'on pût sans inconvénient restituer ces garanties à l'appel comme d'abus émis d'office par le Gouvernement. *Sans méconnaître que cet appel tend aussi à la déclaration d'un droit écrit dans nos lois, ou consacré par les principes de notre droit public*, la majorité de votre

Commission a vu aussi dans ce recours l'exercice d'un pouvoir politique qui lui imprime le caractère dominant d'un acte de haute administration publique ; et ce mélange de l'élément contentieux avec l'élément politique l'a déterminée à en réserver le jugement à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, c'est-à-dire au gouvernement lui-même sous sa responsabilité ».

Ainsi donc, dans l'esprit de la Commission, c'était l'attribution d'un pouvoir propre de juridiction à la section du contentieux qui devait empêcher qu'elle connût des recours pour abus formés par les pouvoirs publics ; il y aurait là des « garanties mal comprises » ; l'intérêt politique de l'Etat est trop directement en jeu pour que le chef de l'Etat ne retienne pas encore la justice dans ces espèces (1).

On le voit : si certains recours pour abus sont réservés à l'assemblée générale, ce n'est pas que leur caractère contentieux soit mis en doute. Comprendrait-on d'ailleurs qu'une voie de droit pût revêtir des caractères différents suivant qu'elle est mise en jeu par des particuliers ou par l'Etat ? Si on soustrait ces recours pour abus à la section du contentieux, c'est parce que, en outre de cette nature con-

(1) Article 40 du projet (tit. III, sect. III) « L'assemblée générale est aussi appelée à délibérer : 1° sur les conflits ; 2° ; 3° sur les appels comme d'abus qui lui sont déférés d'office par le Gouvernement ; 4° ».

tentieuse, ces recours présentent un intérêt politique capital ; ils sont de nature « mixte » et la Commission craint que l'attribution de leur connaissance à un tribunal indépendant ne constitue un danger pour l'Etat. Bien mieux, elle considère — comme les rédacteurs de l'ordonnance de 1839 — que la procédure contentieuse ne saurait leur être appliquée, tant sont délicates et tant intéressent le bon fonctionnement du gouvernement les questions soulevées par de tels débats. « Le caractère mixte des affaires que de graves raisons politiques ont dû faire réserver à l'assemblée générale demandait qu'elles fussent instruites dans la forme contentieuse, et que leur instruction fût confiée à la section du contentieux dans tous les cas où il ne s'agirait pas de recours dirigés contre ses propres arrêts. Tel est l'objet de l'article 41, par lequel votre Commission vous demande d'accorder aux parties le droit d'intervenir par le ministère de leurs avocats dans les formes du règlement et de rendre le débat public. Cette dernière garantie de publicité des débats, qui existe, dans l'état actuel, pour le jugement des conflits et celui des pourvois en cassation contre les arrêts de la Cour des comptes, ne pouvait être refusée aux recours exercés par le Gouvernement contre les arrêts de la section du contentieux. Mais votre Commission a pensé qu'elle ne pouvait être étendue aux appels comme d'abus émis par le gouvernement, ni au jugement des

demandes en autorisation de poursuivre les fonctionnaires. Ces matières touchent aux questions les plus délicates de l'administration et du gouvernement ; la publicité des débats serait rarement utile et presque toujours dangereuse dans ces sortes d'affaires où le gouvernement exerce une prérogative qui engage la responsabilité ministérielle. »

Ces claires explications, puisées dans le rapport de M. Dalloz, nous montrent l'inanité de l'argument que, pour combattre notre thèse, on pourrait être tenté de tirer de l'ensemble des textes qui écartent en la matière de l'abus l'application de toute procédure contentieuse (1).

M. Dalloz et les membres de la Commission dont il est le rapporteur affirment en effet nettement la nature contentieuse de ce recours, mais ils proclament aussi la nécessité de le soustraire, tout au moins dans certaines hypothèses, aux dangers d'une procédure contentieuse. De tels débats soulèvent les « questions les plus délicates de l'administration

(1) Ordonnance de 1839 ; loi du 21 juillet 1845 ; loi du 3 mars 1849 ; règlement intérieur du 15 juin 1850, D. 1850.IV,133.

ART. 9. — « Sont portés à l'assemblée générale du Conseil d'Etat... ; 2° les recours pour abus... » ; Décret organique du 25 janvier 1852 ; règlement intérieur du 30 janvier 1852, D. 1852, IV, p. 48.

ART. 3. — « Sont portés à l'assemblée générale du Conseil d'Etat... ; 2° les recours pour abus... » ; Loi organique du 24 mai 1872 et règlements intérieurs successifs de 1872, 1879 et 1886 ; D. 1872,IV,101, D. 1879,IV,73, D. 1886,IV,82.

et du Gouvernement » et il importe de les trancher sans bruit, sans publicité.

Sans doute, le législateur aurait pu procéder par voie de distinction, conformément au vœu de la Commission de 1840, réserver seulement à l'assemblée générale les recours émis d'office par le gouvernement, et traiter de tous points comme affaires contentieuses les recours pour abus émanés des particuliers. Mais, qu'on le remarque bien, c'eût été là troubler gravement l'unité de la matière et on ne peut, nous semble-t-il, qu'approuver le législateur de l'avoir maintenue. D'ailleurs, avec le rejet par le Parlement du principe de la justice déléguée (1), la raison essentielle d'un départ de compétence disparaissait. Subsistaient seulement les raisons d'intérêt gouvernemental et d'ordre public qui déjà avaient amené les ordonnances de 1834-1839 à soustraire à la publicité de la procédure contentieuse les recours pour abus et qui guidèrent tous les législateurs successifs dans l'attribution de la connaissance de ces recours, malgré leur caractère contentieux, à l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

Du reste, si la distinction prônée par M. Dalloz n'est jamais passée dans la loi, nous verrons que la

(1) Loi du 21 juillet 1845, art. 12. « Le Conseil d'Etat..... propose les ordonnances qui statuent sur les affaires administratives ou contentieuses dont l'examen lui est déferé par des dispositions législatives ou réglementaires. »

jurisprudence moderne, relative aux autorisations préalables de poursuites civile ou pénale à raison d'un acte entaché d'abus, a réalisé en fait un départ de compétence analogue en soustrayant à la procédure de l'abus la plupart des recours émanés de simples particuliers pour les soumettre exclusivement à la procédure contentieuse des tribunaux ordinaires.

Cette remarque nous conduit à aborder la seconde partie de cette étude, la plus importante et la plus étendue.

Nous venons de voir que l'histoire est favorable à notre thèse ; il nous reste à montrer que le droit positif et la jurisprudence ne le sont pas moins.

Pour remplir cette tâche, nous passerons rapidement en revue les divers cas d'abus, et nous dégagerons le caractère nettement contentieux des recours basés sur chacun d'eux ; puis, dans une deuxième section, examinant quelques théories jurisprudentielles, nous nous efforcerons de prouver que le Conseil d'Etat traite le recours pour abus comme une voie contentieuse.

DEUXIÈME PARTIE

NATURE DU RECOURS POUR ABUS D'APRÈS LES TEXTES ET LA JURISPRUDENCE

SECTION I. — **Etude des divers cas d'abus au point de vue de leur nature.**

Il n'est pas inutile de rappeler la disposition des articles 6 et 7 des Organiques.

« ART. 6. — Il y aura recours au Conseil d'Etat dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques.

« Les cas d'abus sont : l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et règlements de la République, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Eglise gallicane, et toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public. »

« ART. 7. — Il y aura pareillement recours au

Conseil d'Etat, s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et les règlements garantissent à ses ministres. »

Une classification des hypothèses d'abus est toujours chose délicate et un peu arbitraire (1) ; ces hypothèses ont des limites très incertaines, s'enchevêtrent les unes dans les autres, et il est bien rare qu'un acte abusif rentre exclusivement sous un des chefs de l'article 6 ; le plus souvent, il sera assez difficile de le ranger dans tel ou tel compartiment, car il enfreindra à la fois plusieurs des principes rappelés par le législateur de 1802. C'est ainsi que le premier cas d'abus — usurpation ou excès de pouvoir — est si large, si compréhensif dans ses termes, qu'il semble facile de lui rattacher toutes les autres hypothèses d'abus !... Qu'il s'agisse d'une contravention à des dispositions légales ou réglementaires, d'un attentat aux principes gallicans, d'un acte de nature à troubler la conscience des citoyens, l'ecclésiastique dépassé, dans toutes ces circonstances, les limites qui ont été légalement fixées à ses droits : il commet un excès de pouvoir ; aussi, le Conseil d'Etat, quand il déclare l'abus, se borne-t-il souvent à invoquer l'excès de pouvoir, bien que l'acte incriminé tombe manifes-

(1) Sous l'ancien régime, jamais les Rois ne consentirent à donner une énumération précise des faits susceptibles de donner naissance à l'appel comme d'abus : cela eût gêné leur liberté d'action.

tement sous le coup d'autres dispositions de l'article 6 (1).

Notre exposé subira nécessairement l'influence de cet état de choses ; nous ne pourrons suivre un ordre rigide ; il y aura quelque flottement et quelque imprécision : nous nous en excusons par avance.

§ 1^{er}. — Excès de pouvoir.

Un parallèle s'impose entre le recours pour abus fondé sur « l'usurpation ou l'excès de pouvoir », et le recours pour excès de pouvoir prévu par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 (2).

(1) Mgr de Quélen, 21 mars 1837, D. *Répertoire*, V^o *Cultes*, n^o 488 ; évêque de Châlons, S. 1843, II, p. 594 ; Mgr Pie, 30 mars 1861, *Lebon*, p. 1062 ; évêque de Mende, 26 avril 1892, *Lebon*, p. 1012 ; etc.

La récente déclaration d'abus, intervenue le 27 novembre 1902 contre soixante-quatorze archevêques et évêques à la suite de leur « pétition à MM. les sénateurs et MM. les députés en faveur de la demande d'autorisation faite pour les congrégations », nous montre elle aussi le lien intime qui unit les divers chefs d'abus ; le décret base la déclaration d'abus sur la « contravention aux lois et règlements de la République » et sur « l'excès de pouvoir » ; il aurait pu invoquer aussi l'attentat aux libertés de l'Eglise gallicane [*Journal officiel* du 3 décembre 1902, p. 7861].

(2) M. Berthélemy, dans une note récente, publiée dans le *Daloz périodique*, sous un arrêt de cassation du 40 juillet 1901 (D. P. 1902, I, p. 161), définit ainsi le recours pour abus : «... Autrement dit, le recours pour abus est un recours en annulation pour excès de pouvoir, institué formellement, dès l'an X, contre les actes des ecclésiastiques ». Cette formule, qui a le très grand mérite de donner immédiatement une idée bien nette du recours pour abus, n'est-elle pas cependant un peu étroite ? Il est des cas,

M. Laferrière prend soin de les opposer l'un à l'autre. Après avoir affirmé que « le recours pour excès de pouvoir est, par son essence même, un recours contentieux » (1), il ajoute immédiatement que ce caractère contentieux le sépare nettement de ce qu'il appelle les « recours en annulation par la voie administrative », et spécialement du recours pour abus : « Par ce caractère contentieux, il diffère d'autres recours qui tendent eux aussi à l'annulation d'actes administratifs illégaux (2), mais qui sont portés devant le Gouvernement en Conseil d'Etat, et qui ne sont pas des recours pour excès de pouvoir, parce qu'ils provoquent une *annulation administrative*, non une annulation contentieuse, et parce que le Conseil d'Etat en connaît comme corps consultatif, délibérant sur des projets de décrets, non comme Cour souveraine statuant par arrêt. »

Ainsi, l'éminent auteur dénie au recours pour abus tout caractère contentieux « parce qu'il provoque une annulation administrative, non une annulation contentieuse ».

Ce raisonnement ne constitue-t-il pas une véri-

en effet, où le Conseil d'Etat se borne à déclarer l'abus sans prononcer l'annulation de l'acte incriminé : lorsqu'une décision de l'autorité ecclésiastique, tout en provoquant un trouble dans la conscience des particuliers ou en nuisant aux intérêts des desservants, revêt le caractère absolu d'une prescription spirituelle — 19 février 1840, Fournier, 30 décembre 1832, de Montlosier.

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, p. 413.

(2) Il est permis de se demander jusqu'à quel point cette qualification du recours pour abus est exacte.

table pétition de principe ? Sans doute le Conseil d'Etat n'a pas de pouvoir propre de décision en la matière, sans doute la procédure du recours n'est pas contentieuse : c'est la raison d'être de notre étude ! — et le rapide exposé historique que nous avons présenté a eu précisément pour but de déterminer la portée de cet état de choses ; aussi bien, du reste, ne songeons-nous pas à soutenir que le recours pour abus se confond avec le recours pour excès de pouvoir, qu'il n'en est qu'un aspect... Nous voulons seulement indiquer leurs points de contact, et nous nous bornons à prétendre que le caractère contentieux du premier est aussi net que celui du second.

On se plaît à dissenter sur le caractère « politique et gouvernemental » du recours pour abus et, de fait, il est incontestable que ce recours touche, dans bien des cas, aux intérêts politiques de l'Etat (1). Mais tel est précisément aussi le cas du recours pour excès de pouvoir ! Ce recours est dirigé contre les actes de commandement et de puissance publique, il tend à leur annulation, à leur suppression *erga omnes* ; or, ce pouvoir de rapporter et de mettre à néant un acte de la puissance publique dénoncé comme illégal et attentatoire à un droit a longtemps passé pour « un attribut exclusif de l'administration

(1) Nous avons vu cette idée mise en relief par M. Dalloz dans son rapport de 1840 que nous avons longuement analysé, *Moniteur*, 1840, p. 1541.

supérieure » (1) ; il a fallu « un effort soutenu et prudent à la fois » (2) pour placer ce pouvoir entre les mains du juge administratif ; et M. Laferrière ajoute : « A vrai dire, ce droit de cassation souverainement exercé sur les actes illégaux de l'administration par la juridiction administrative supérieure a conservé longtemps, du moins en théorie, le caractère d'une attribution de la puissance exécutive ; c'était en effet le chef de l'Etat qui était censé annuler, sur l'avis de son conseil, la décision d'une autorité inférieure, ou rapporter sa propre décision lorsqu'elle était reconnue illégale. Grâce à cette fiction, l'acte annulé semblait encore ne relever que du souverain et non d'une juridiction .

En 1872, cette fiction a disparu pour le recours pour excès de pouvoir ; elle a subsisté pour le recours pour abus : qu'importe au caractère des recours ? Tous deux sont demeurés des recours contentieux ; mais, tandis que l'un vit sous le régime de la justice déléguée, l'autre est encore placé sous celui de la justice retenue.

Les deux recours sont dans une parenté si étroite qu'il est parfois malaisé de les distinguer nettement, de tracer une ligne de démarcation précise entre leur sphère respective d'application. En voici un exemple : Les actes accomplis par les prélats comme auto-

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 17.

(2) *Idem.*

rités ecclésiastiques sont seuls susceptibles d'être attaqués par le recours pour abus ; ceux qu'ils accomplissent pour remplir la mission administrative que le Gouvernement leur confie ne peuvent être annulés que par la voie du recours pour excès de pouvoir (1). Le départ est parfois délicat à faire ; ainsi les mesures prises par un évêque à propos des caisses de secours établies par le décret du 13 germinal an XIII en faveur des prêtres âgés ou infirmes sont complètement étrangères au culte même et ne relèvent en principe que du recours pour excès de pouvoir ; il en va de même des actes accomplis par un évêque pour assurer la bonne administration financière des fabriques ou le paiement de certains impôts par les communautés religieuses. Mais, dès que l'évêque ajoute à ses prescriptions administratives une sanction d'ordre religieux, le recours pour abus devient recevable ; l'évêque se rend en effet coupable d'un excès de pouvoir spécial : il détourne, pour obtenir un résultat temporel, le pouvoir que le gouvernement lui a reconnu (2).

(1) Batbie, *Droit administratif*, II, n^{os} 337, 340 et s. « Il y en a [des attributions] qui leur sont déléguées par le Gouvernement, sous le contrôle et l'autorité duquel ils les remplissent, en sorte que si leurs actes sont entachés d'excès de pouvoir, le pourvoi doit être introduit administrativement devant le ministre, car ils agissent dans ce cas comme administrateurs subordonnés, et non en vertu d'un droit inhérent à leur fonction ecclésiastique » ; Conseil d'Etat, 2 octobre 1842 ; *Lebon*, 1844, p. 123 ; 30 décembre 1854, affaire Bordier ; *Lebon*, p. 1145 ; 16 décembre 1846, Batbie, n^o 342.

(2) Conseil d'Etat, évêque de Moulins, 4-6 mars 1835 (*D. Rép.*, V^o *Cultes*, n^o 234) ; évêque d'Angers, 31 mars 1884 (*Lebon*, p. 979).

Eh bien ! quelle différence de nature peut-on raisonnablement faire entre ces deux ordres de recours — recours pour excès de pouvoir si le prélat a agi seulement comme administrateur — recours pour abus s'il a coloré ses ordres d'une nuance religieuse ? Quelle influence peut avoir sur le caractère du recours l'adjonction d'une sanction spirituelle à la décision attaquée ?

La matière des destitutions de curés permet aussi de faire un rapprochement concluant entre le recours pour abus et le recours pour excès de pouvoir. Les évêques nomment et instituent les curés, mais ils ne peuvent manifester cette nomination qu'après l'approbation du Gouvernement (1) ; de même, ce n'est qu'avec l'approbation de l'Etat que le curé peut être suspendu ou déposé. Dès lors, la destitution d'un curé peut donner naissance à deux recours : un recours pour abus contre la décision épiscopale, si elle est entachée d'excès de pouvoir, si elle viole « les canons reçus en France », et un recours pour excès de pouvoir contre le décret de l'autorité temporelle, si l'ecclésiastique estime qu'il est intervenu à tort.

Ici encore, nous le demandons, où est la raison d'attribuer une nature différente à ces deux recours ?... ils ont l'un et l'autre pour base la violation alléguée d'un droit, une atteinte injustifiée au principe de l'inamovibilité des curés ; deux recours

(1) Article 19 des Organiques.

sont nés parce que deux autorités différentes ont successivement statué, mais leur nature contentieuse est également manifeste.

Non seulement on ne voit pas de motif de refuser au recours pour abus le même caractère contentieux qu'au recours pour excès de pouvoir, mais encore il nous semble que, dans certains cas, ce caractère s'affirme avec une netteté plus grande.

Par certains côtés, en effet, et à raison même de son évolution historique, le recours pour excès de pouvoir présente quelques traits du recours purement gracieux ou hiérarchique ; si l'on met à part l'hypothèse de violation de la loi et des droits acquis — c'est à-dire dans les cas où le recours est basé soit sur l'incompétence, soit sur un vice de forme, soit sur un détournement de pouvoir — il suffit, pour que le recours soit recevable, d'invoquer un intérêt direct et personnel : on peut ainsi s'attaquer, grâce à lui, à des actes discrétionnaires de l'administration (1), insusceptibles par définition de léser aucun droit ac-

(1) Il convient d'ailleurs de noter que l'exception aux principes du contentieux est moins profonde qu'elle peut le paraître au premier abord. Comme le fait fort justement remarquer M. Laferrière (II, p. 436), « chacun a le droit d'exiger, dans toute décision qui le touche, l'observation des règles de compétence ou de forme qui sont la garantie commune de tous les intéressés » ; de même on a le droit d'exiger que l'autorité prononce non seulement dans les formes de droit et dans les limites de sa compétence, mais encore conformément à l'esprit de la loi et en considération de l'objet en vue duquel ses pouvoirs lui ont été conférés. Ainsi, si

quis. En matière de recours pour abus basé sur l'excès de pouvoir, l'idée de droit lésé, « cette idée mère de tout le contentieux administratif » (1), apparaît beaucoup plus nettement dans toutes les espèces que nous avons relevées :

C'est de la violation d'un droit que le gouvernement se prévaut lorsqu'un évêque a modifié la composition du chapitre de la cathédrale sans lui demander l'autorisation ; cette composition est, en effet, fixée par le gouvernement d'accord avec l'évêque (2), et aucune modification ne peut intervenir sans l'assentiment du ministre (3).

Le maire d'une commune a le droit d'exiger qu'un curé ou desservant dise les messes, charge d'une donation, au tarif ordinaire ; le Concordat prévoit, en effet, les règlements qui se rapportent à la célébration du culte : ils s'imposent aux ecclésiastiques (4).

Les articles organiques, conformément aux traditions de l'Eglise gallicane, exigent formellement la vérification des bulles et de tous autres actes de la

une décision discrétionnaire « ne peut jamais blesser que de simples intérêts par les dispositions qu'elle édicte, elle peut néanmoins blesser de véritables droits par la manière dont elle est rendue ».

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, p. 436.

(2) Article 2 des Organiques.

(3) Conseil d'Etat, 4 avril 1857, évêque de Moulins, *Lebon*, p. 925.

(4) Conseil d'Etat, 1887, commune de Meulin, *Lebon*, p. 892.

Cour de Rome par le Conseil d'Etat avant leur publication en France (1).

Mais c'est surtout dans les hypothèses de détournement de pouvoir que la violation du droit est intéressante à constater. En matière de recours pour abus, tous les détournements de pouvoir se compliquent d'une atteinte aux libertés de l'Eglise gallicane ; c'est dire que même les recours qui se fondent sur eux invoquent la lésion de véritables droits conférés par la loi : les libertés, franchises et coutumes de l'Eglise gallicane — auxquelles nous sommes ainsi amenés — sont, en effet, de véritables lois d'Etat ; elles ont été visées dans la loi du 18 germinal an X et déclarées « Loi générale de l'Empire » par le décret du 25 février 1810 (2), le législateur ayant ainsi « homologué le résultat de l'évolution historique de l'Eglise et de la Nation françaises ».

§ 2. — **Attentats aux libertés de l'Eglise gallicane.**

Les hypothèses d'abus fondées sur la violation des

(1) Article 1^{er} des Organiques. Conseil d'Etat, 8 février 1865, évêque de Moulins et archevêque de Besançon, *Lebon*, p. 1185 ; évêque de Grenoble, 1879, *Lebon*, p. 828 ; 28 avril 1883, archevêque d'Albi et autres évêques, *Lebon*, p. 990 et *Journal Officiel*, p. 2135-2137 ; 9 juin 1883, évêque de Langres, *Lebon*, p. 994 ; 24 mars 1886, évêque de St-Dié, *Lebon*, p. 950 ; 26 avril 1892, évêque de Mende, *Lebon*, p. 1012 ; 20 décembre 1900, publication d'une décision de la Congrégation du Saint-Office, *Lebon*, p. 885.

(2) *Bulletin des lois*, 1810, p. 133.

libertés de l'Eglise gallicane peuvent se répartir en deux groupes, et, dans chacun d'eux, il est facile de saisir le lien entre l'excès de pouvoir et l'attentat aux libertés de l'Eglise gallicane.

A. Chaque fois qu'un ministre du culte, pour obtenir un résultat temporel, se sert des attributs, des pouvoirs que la loi lui a conférés pour lui permettre de remplir sa mission spirituelle, il se rend coupable d'un détournement de pouvoir caractérisé ; mais, en même temps, cet ecclésiastique viole les libertés de l'Eglise gallicane : l'article 1^{er} de la déclaration rédigée par Bossuet en 1682 (1) lui fait défense, en effet, d'empiéter sur le domaine de l'autorité temporelle, et de connaître des matières politiques et civiles. Le Gouvernement reconnaît aux prélats une autorité qui prend d'autant plus de force qu'ils sont revêtus d'un caractère officiel ; il leur permet de prononcer des sermons, de publier des lettres pastorales, de rédiger des catéchismes ; mais ils ne peuvent user de ces différentes manières de communiquer avec les fidèles que pour les nécessités de la foi et de la reli-

(1) « § 1^{er}. Saint Pierre et ses successeurs et l'Eglise elle-même n'ont reçu de puissance que sur les choses spirituelles et non sur les choses politiques, le Seigneur ayant dit : « Mon royaume n'est pas de ce monde », par conséquent, les rois et les princes ne peuvent être déposés ni directement, ni indirectement, ni leurs sujets déliés du serment de fidélité par l'autorité des chefs de l'Eglise et cette doctrine doit être irrévocablement suivie comme conforme à la parole de Dieu, à la tradition des Pères et aux exemples des Saints ».

gion. Si un prélat se sert de son pouvoir propre d'évêque et des prérogatives qui lui sont accordées comme ministre du culte pour protester contre un acte quelconque de la puissance publique, s'il censure, par exemple, une loi ou un décret dans une lettre pastorale ou un mandement, ou s'il tente d'en détruire les résultats au moyen de prescriptions ou d'admonestations d'ordre spirituel, il commet à la fois un détournement de pouvoir et une violation des coutumes de l'Eglise gallicane (1).

Citons, à titre d'exemple, les déclarations d'abus intervenues : contre Mgr de Bonald, archevêque de Lyon en 1845 (2) ; contre Mgr de Clermont-Tonnerre, archevêque de Toulouse, en 1824 (3), contre l'évêque de Moulins en 1835 (4), contre Mgr de Quélen, archevêque de Paris, en 1837 (5), contre l'évê-

(1) Il importe d'ailleurs de bien comprendre la portée du principe ainsi posé : il ne détruit nullement chez les ecclésiastiques le droit que possède tout Français d'exprimer sa conviction sur une mesure administrative ou législative, de donner son avis sur les luttes électorales ; mais le prêtre doit user des moyens normaux, qui sont à la portée de tous les particuliers : droit de pétition, droits conférés par les lois sur la presse ; ce qui lui est seulement interdit, ce qui est inadmissible, c'est qu'il détourne de leur véritable but les attributions que l'Etat lui reconnaît et qu'il se serve, pour critiquer les lois du pays ou pour convaincre les citoyens, des droits qui lui sont accordés seulement pour les besoins du culte.

(2) 9 mars 1845, D. P. 1845, III, 65, rapport Vivien ; *Lebon*, 1845, p. 154.

(3) 10 janvier 1824, D. Rép., V° Cultes, n° 233.

(4) 4 mars 1835, évêque de Moulins, D. Rép., V° Cultes, n° 234.

(5) 21 mars 1837, D. Rép., V° Cultes, n° 488.

que de Mende en 1892 (1), contre les évêques de Clermont et de Nevers en 1897 (2), contre les évêques de Pamiers, de Séez et de Grenoble (3), contre les archevêques de Cambrai, de Tours, etc., en 1863 (4), contre les archevêques d'Avignon, d'Aix, les évêques de Montpellier, Valence, etc., en 1892 (5), contre les évêques de Valence, de Viviers, de Langres, d'Anancy et d'Albi en 1883 (6), etc., etc.

B. De même, lorsqu'un ecclésiastique transgresse certaines lois d'ordre public dans ses relations avec les autres prêtres ou dans ses rapports avec le pape, il commet à la fois un attentat aux coutumes de l'Eglise gallicane (7) et un excès de pouvoir.

(1) 26 avril 1892, *Lebon*, 1892, p. 1012 et rapport de M. du Mesnil, *La Loi*, 28 avril 1892.

(2) 27 juin 1897, *Lebon*, 1897, p. 864 et 865.

(3) 12 février 1886, *Lebon*, p. 948 ; 16 mars 1886, *Lebon*, p. 949.

(4) 8 août 1863, *Lebon*, p. 1005.

(5) 5 mai 1892, *Lebon*, p. 1013.

(6) Décrets d'abus provoqués par les mandements qui suivirent le vote de la loi sur l'enseignement primaire ; Conseil d'Etat, 28 avril 1883, *Lebon*, p. 990, et *Journal officiel*, 29 avril 1883, p. 2130-2135, rapport de M. P. Collet.

(7) « § 2. — La pleine puissance spirituelle du siège apostolique et des successeurs de Saint-Pierre est de telle nature que les décrets du saint Concile Œcuménique de Constance sur l'autorité des conciles généraux, décrets approuvés par le Saint-Siège apostolique, subsistent en même temps dans toute force et vertu. »

« § 3. Ainsi l'usage de la puissance apostolique doit être réglé par les canons dictés par l'esprit de Dieu ; les règles, les mœurs et les constitutions reçues dans le royaume et dans l'Eglise gallicane doivent rester en vigueur et les bornes plantées par nos pères demeurer inébranlables. »

« § 4. Le Souverain Pontife a la principale part dans les ques-

Il y a violation des principes gallicans lorsqu'un évêque impose aux curés de son diocèse une renonciation écrite et signée à se prévaloir du recours au Conseil d'Etat qui leur est accordé par le droit public français ; mais il y a là aussi un excès de pouvoir manifeste ; si, en effet, les prélats ont un large pouvoir disciplinaire, échappant à l'appréciation du Conseil d'Etat (1), le pouvoir discrétionnaire du supérieur hiérarchique s'arrête devant les droits conférés par la loi aux ecclésiastiques : dès qu'il y est porté quelque atteinte, il y a matière à débat contentieux, et c'est précisément le cas de l'espèce envisagée (2).

La publication des bulles et des différents actes pontificaux, sans autorisation préalable du Gouvernement, constitue au premier chef une atteinte aux principes gallicans, en même temps qu'un excès de pouvoir (3).

Il est évident aussi qu'en contrevenant à l'article 4 des Organiques, les prélats se rendent coupables

de foi et ses décrets regardent toutes les Eglises ; mais cependant son jugement n'est point irrévocable, tant que le consentement de l'Eglise ne l'a point confirmé ».

(1) 19 février 1840, aff. Fournier, *Lebon*, p. 39 ; 5 novembre 1857, aff. Roquet, *Lebon*, p. 926 ; 18 juillet 1870, aff. Salvadori, *Lebon*, 1871, p. 444 ; 12 octobre 1872, aff. Junqua, *Lebon*, p. 765 ; 2 avril 1878, aff. Mathieu, *Lebon*, p. 1153 ; 15 mai 1883, aff. Martin et aff. Estève, *Lebon*, p. 993-994, 1897 ; abbé Trichard contre évêque de Poitiers, *Lebon*, p. 866, etc.

(2) Conseil d'Etat, 6 avril 1857, évêque de Moulins, *Lebon*, p. 925.

(3) Les principaux décrets d'abus motivés par cette atteinte ont déjà été indiqués *suprà*, p. 57.

bles d'une violation des coutumes de l'Eglise gallicane. « Aucun concile national, métropolitain, dit cet article, aucun synode diocésain, aucune assemblée délibérante n'aura lieu sans la permission expresse du Gouvernement » (1).

Mais, si les termes de la loi sont très généraux, et permettent d'atteindre tout concert, toute action collective des prélats, il n'en résulte pas, qu'en fait, l'arme du recours pour abus soit mise en mouvement chaque fois qu'elle pourrait l'être : Un grand nombre de réunions ont eu lieu sans autorisation expresse du gouvernement, et sans que cependant celui-ci ait usé de la voie du recours pour abus (2).

Nombreux aussi ont été les mandements ou lettres pastorales constituant des excès de pouvoir et transgressant d'une manière évidente les principes de l'Eglise gallicane et qui, néanmoins, ont échappé au recours pour abus (3).

(1) 1835, évêque de Moulins, *D. Rép.*, V^o *Cultes*, n^o 234.

1863, archevêques de Cambrai, Tours, etc., *Lebon*, p. 1005.

1892, archevêque d'Avignon, évêques de Montpellier, etc. *Lebon*, p. 1013.

1902, 27 novembre, 74 archevêques et évêques, *Journal officiel*, 3 décembre 1902.

(2) En 1826, réunion de prélats sur l'initiative de l'archevêque de Besançon.

En 1828, sur celle de l'archevêque de Rouen.

En 1844, mémoire collectif rédigé au nom de ses suffragants par Mgr Affre. En 1848, réunion provoquée par Mgr Affre dans le but d'adresser un mémoire au pape.

En 1876, concile d'évêques au Puy, sans autorisation de l'Etat.

(3) Par exemple, tous ceux qui suivirent l'acquiescement des

M. Labbé, dans sa thèse sur le *Recours pour abus au XIX^e siècle* » (1), tire de cette absence de poursuites une conclusion qui nous paraît étrange ; « c'est là, dit-il, une preuve du caractère essentiellement gouvernemental de ce recours et de la nécessité de laisser entre les mains des ministres seuls la faculté de prendre des décisions en cette matière ».

Qu'entend, tout d'abord, M. Labbé par cette « faculté de prendre des décisions » qu'il veut laisser aux ministres ? Si c'est de la mise en marche du mécanisme du recours, de l'exercice même de l'action qu'il s'agit, nous sommes absolument d'accord avec lui : qui songerait à autoriser des poursuites exercées par un particulier contre un prélat à raison d'un mandement ou de la réunion illégale d'un concile ? La lésion d'un droit, l'intérêt direct et personnel — principes de toute action contentieuse — font complètement défaut chez ce particulier. Seul l'intérêt de l'Etat est en jeu, seuls ce sont les droits à lui conférés par la

journalistes du *Constitutionnel* et du *Courrier français* en 1826, et qui faisaient en termes violents la critique de cette décision judiciaire.

De même les protestations, par voie de mandement, de Mgr de Clermont-Tonnerre, de Mgr de Quélen, des évêques de Marseille, Chartres, Strasbourg, contre les ordonnances du ministère Martignac, publiées le 16 juin 1828, interdisant l'enseignement aux Jésuites, et défendant aux séminaires de recevoir plus de 20.000 élèves.

Il serait facile aussi de trouver des exemples en parcourant les lettres pastorales et les mandements publiés depuis la loi relative au contrat d'association de 1901.

(1) Paris, 1898, p. 317.

loi qui sont violés : seul, par conséquent, l'Etat, par l'organe de ses représentants, peut agir contre l'auteur de l'infraction.

Mais, cette vérité une fois dégagée, nous ne saisissons plus du tout le rapport que M. Labbé prétend établir entre l'absence de poursuites contre des actes abusifs, en certains cas, et le « caractère essentiellement gouvernemental » du recours — c'est-à-dire, si nous comprenons bien la pensée de l'auteur, telle qu'elle se dégage de tout son livre, son caractère non contentieux.

Un individu me cause un dommage, mon co-contractant n'exécute pas ses obligations ; je puis m'adresser aux tribunaux pour faire respecter mon droit ; mais si je dédaigne un tel procédé, si je reste inerte, viendra-t-il à l'idée de personne de contester la nature contentieuse du recours qui m'est ouvert ? Un recours contentieux est celui qui sanctionne la violation de droits acquis, mais on ne saurait être contraint de se servir d'une arme mise par la loi à votre disposition.

Cette idée trouve son application en toute matière. Lorsqu'une infraction à la loi pénale est commise, il appartient à la société, dont le droit est lésé, d'en poursuivre l'auteur par l'organe de ses mandataires, les magistrats du ministère public, ou de laisser au contraire en repos l'action publique ; il est même certains délits particulièrement typiques à ce point de

vue, des délits qu'on connaît, qui sont manifestes, et qui cependant donnent rarement lieu à des poursuites : il est de règle d'apprécier les circonstances avant d'agir ; on peut citer, par exemple le délit de port d'armes prohibées, le délit de mendicité, etc. Il en était également ainsi du délit d'association, puni par les articles 291 et 292 du Code pénal, avant la loi du 1^{er} juillet 1901 (1).

Lorsqu'un tribunal quelconque, de l'ordre administratif ou judiciaire, viole la loi ou commet un excès de pouvoir sans que les parties en cause usent des voies de recours qui leur sont ouvertes, les ministres ou le procureur général près la Cour de cassation peuvent former un « pourvoi dans l'intérêt de la loi » à l'effet de faire donner par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation un enseignement — purement doctrinal du reste, et sans porter atteinte aux droits des parties engagées dans la contestation — aux juridictions inférieures ; mais, ici encore, les ministres sont juges de la situation et ont une entière liberté d'agir ou de ne pas agir.

Eh bien ! il en est de même lorsqu'un ecclésiastique viole le droit public, quand il transgresse, par exemple, un principe de l'Eglise gallicane ; la puis-

(1) M. Garraud pouvait qualifier de « régime de tolérance » le régime antérieur à 1901. Garraud, *Traité de droit pénal*, 2^e éd. t. IV, p. 462.

sance publique décide s'il y a lieu de recourir pour abus contre ce ministre du culte — ou si elle négligera cette sanction. Quel argument peut-on en tirer à lencontre du caractère contentieux de ce recours? Bien loin d'y avoir là une dissemblance avec les autres recours contentieux, il y a au contraire un point de contact. La faculté d'option entre la poursuite et l'inaction n'est, en matière d'abus, que l'application d'une règle commune à tous les recours contentieux.

§ 3. — **Contravention aux lois et règlements de la République.**

Il est inutile d'insister longuement sur le caractère contentieux d'un recours basé sur un tel grief : son énoncé suffit à trancher la question : La violation par le ministre du culte de droits conférés par la loi ou les règlements fournit évidemment la matière d'un débat contentieux.

« C'est un principe incontestable, disait Portalis (1), qu'en devenant prêtre, on ne cesse pas d'être citoyen et que, conséquemment, les prêtres doivent être soumis aux lois et règlements de l'Etat, comme le sont les citoyens ordinaires.

Toute contravention commise par un ecclésiastique

(1) Portalis, *Discours et rapports sur le Concordat et les Articles organiques*.

contre les lois et règlements de l'Etat est donc un véritable abus et même un délit selon l'importance et la gravité des circonstances et de la matière dont il s'agit... Quand on a dit qu'on ne peut contrevenir aux lois sans abus, cela ne doit et ne peut s'entendre que des lois qui concernent les prêtres dans l'exercice de leur ministère... »

La contravention aux lois par un ministre du culte peut donc, suivant les cas :

α) Provoquer contre lui une poursuite pénale ou civile s'il s'est rendu coupable d'un délit de droit commun n'ayant aucun rapport avec l'exercice de ses fonctions, ou s'il a commis un acte de nature à léser les droits d'autrui ;

β) Le rendre susceptible à la fois de ces poursuites pénale ou civile et d'un recours pour abus si ce crime, ce délit ou cet acte dommageable se rattache à un acte de son ministère ;

γ) Amener contre lui seulement l'exercice d'un recours pour abus s'il s'agit d'un acte non prévu par la loi pénale ou n'ayant causé aucun préjudice matériel à ses concitoyens.

Les rapports du recours pour abus et des poursuites pénales nous semblent pouvoir donner matière à quelques observations intéressantes pour notre thèse (1). Le recours pour abus et les poursuites pé-

(1) Nous ne voulons d'ailleurs pas parler ici de la question du

nales tendent au même but : maintenir la tranquillité et l'ordre publics ; lorsque la violation de la loi est d'importance relativement minime, la déclaration d'abus, la suppression de l'acte illégal, la publicité donnée au décret suffisent pour la répression ; lorsque, au contraire, le droit public est atteint de telle manière que le Conseil d'Etat resterait impuissant avec les seules armes dont il dispose, alors des poursuites pénales sont nécessaires (1).

Ainsi, ces poursuites apparaissent comme le complément indispensable du recours pour abus : ces deux voies de droit sont intimement liées et forment le prolongement l'une de l'autre ; et, toutes deux se basent sur des faits de même ordre, sur une violation de la loi et du droit ; l'un de ces recours est porté devant les tribunaux judiciaires, l'autre devant une juridiction administrative. La situation serait la même en présence d'un acte accompli par un fonctionnaire public quelconque, acte entaché d'excès de pouvoir et qui constituerait en même temps une infraction à la loi pénale : deux recours contentieux pourraient prendre naissance, l'un tendant à l'annulation de l'acte et dont la connaissance appartiendrait au juge administratif, l'autre tendant à l'application du Code

recours préalable au Conseil d'Etat et de l'autorisation de poursuites : c'est un point qui rentrera dans notre seconde section.

(1) Celles notamment prévues par les articles 199 à 209 du Code pénal.

pénal et qui serait réservé à la juridiction répressive.

Comment concevoir une différence de nature entre deux recours si intimement liés l'un à l'autre ? Le seul critérium qui permette de décider lequel des deux doit être mis en jeu réside dans la gravité de l'infraction.

Encore ce critérium est-il très imparfait ; dans beaucoup de cas il est malaisé de tracer une ligne bien nette de démarcation, et le choix du gouvernement est très délicat à exercer entre ces deux voies de droit.

Voilà, par exemple, un prêtre qui procède à un mariage religieux sans exiger préalablement la preuve du mariage civil. Ce prêtre viole à la fois l'article 54 des Organiques et l'article 199 du Code pénal. Le Gouvernement va-t-il déférer ce prêtre à l'autorité judiciaire ou au Conseil d'Etat (1) ? Son droit d'option paraît entier. Cependant, M. Labbé (2) propose une distinction subtile : de deux choses l'une, ou bien, en fait, lorsque le prêtre procède au mariage religieux, le mariage civil a eu lieu, ou bien il n'a pas été célébré ; dans ce dernier cas, suivant M. Labbé, il faut sans hésiter poursuivre pé-

(1) Conseil d'Etat, 21 décembre 1843, aff. Sarda, *Lebon*, p. 599. L'abbé Sarda s'était rendu coupable aussi de violation du décret du 4 thermidor an XIII, art. 1^{er} ; il avait procédé à des inhumations « sans qu'il lui eût apparu de l'autorisation donnée par l'officier de l'état civil ».

(2) Labbé, *Du recours pour abus au XIX^e siècle*, p. 203.

nalement le ministre du culte par application de l'article 199 du Code pénal ; que si, au contraire, il y a eu célébration du mariage civil avant que les époux se présentent à l'église, le but auquel tend le législateur de l'article 199 — « protéger les citoyens en ne permettant pas qu'une cérémonie dépourvue de toute valeur aux yeux de la loi pût avoir quelque importance » — est atteint, en définitive, et le recours pour abus, en procurant au ministre du culte un avertissement, constituera une répression suffisante.

Nous n'avons pas à apprécier la valeur juridique de cette distinction ; nous nous refusons seulement à voir aucune différence de nature entre les rapports de droit qui s'établissent, dans chacune de ces hypothèses, entre l'auteur de la poursuite et l'auteur de l'acte incriminé. Dans les deux cas le prêtre commet le même manquement à ses devoirs, il viole dans les deux cas un texte formel du Code pénal et des Articles organiques ; c'est d'une situation purement fortuite, d'un événement indépendant de sa volonté qu'on fait dépendre la compétence des juges correctionnels ou administratifs pour connaître de son infraction au droit.

Si l'énoncé de ce cas d'abus, « contravention aux lois et règlements », tranche à lui seul la question de sa nature, il indique aussi sa large compréhension. Toutes les espèces que nous avons déjà citées à propos

de l'excès de pouvoir et de l'attentat aux coutumes de l'Eglise gallicane rentrent aussi sous cette qualification générale : « contravention aux lois ». — « La contravention aux lois et règlements de la République, dit M. Béquet (1), est toujours comprise dans l'excès de pouvoir » ; nous avons nous-même suffisamment insisté sur ce point ; quant aux coutumes de l'Eglise gallicane, nous savons qu'elles font partie des lois de l'Etat.

Bornons-nous à noter ici que les Organiques mentionnent les « lois et règlements de la République ». Les actes réglementaires des diverses autorités publiques compétentes s'imposent aux particuliers avec la même force que la loi ; leur violation fait naître un débat contentieux au même titre que la violation d'une disposition législative ; ainsi l'inobservation par un ministre du culte d'un arrêté municipal pris en vertu des pouvoirs conférés aux maires par l'article 45 des Organiques et par l'article 97 de la loi municipale de 1884 constitue la matière d'un débat contentieux devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour abus (2).

(1) Léon Béquet, *Répertoire du droit administratif*, V^o Cultes, n^o 474.

(2) 1^{er} mars 1842, aff. commissaire de police de Dijon, S. 1842, 2.278; 17 août 1880, 2 décrets, commissaire de police des Ponts-de-Cé c. Pineau, et préfet de Maine-et-Loire c. Pineau, *Lebon*, p. 1098, etc.

§ 4. — **Infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France.**

Au premier abord, le caractère d'un recours fondé sur une telle infraction peut sembler plus douteux ; n'y a-t-il pas là une pure question de discipline : l'exercice d'un contrôle supérieur de la part de l'Etat pour assurer la saine application des règles ecclésiastiques qui déterminent les relations des ministres du culte entre eux ? Si l'on examine bien les choses, cependant, on se rend compte aisément qu'il y a ici encore violation de véritables droits, et par conséquent recours contentieux.

Ces « règles consacrées par les canons reçus en France » ont en effet force de loi, car il ne s'agit là que des canons consacrés par les Articles organiques et qui en développent les principes ; « il convient de remarquer (1) qu'il s'agit, dans ce cas d'abus, non pas de la violation des canons reçus en France, mais de la violation des règles des canons reçus en France, qui ont été consacrées par les Articles organiques » ; M. Ducrocq dit aussi qu'il faut entendre par canons reçus en France les lois de l'Eglise « qui ont été régulièrement publiées sur le sol français, soit dans l'ancien, soit dans le

(1) Béquet et Dupré, *Rép.*, V^o *Cultes*, n^o 488.

nouveau droit public, et qui ont été consacrées par les articles 1, 2, 3 et 4 des Organiques » (1).

Dans ces canons sont posées les règles que doivent observer les supérieurs dans les décisions qu'ils rendent à l'égard de leurs inférieurs et les ministres du culte dans leurs rapports avec les particuliers. Le Conseil d'Etat doit veiller à leur observation parce qu'elles sont les garanties accordées aux justiciables de la juridiction ecclésiastique (2) ; les prêtres comme les autres citoyens peuvent réclamer l'exécution intégrale des mesures qui leur sont favorables et qui sont la sauvegarde de leurs droits.

D'ailleurs, il va de soi que le Conseil d'Etat laisse entièrement en dehors de son examen la question d'ordre spirituel ; elle reste entière après sa décision et c'est seulement au point de vue temporel qu'elle disparaît, s'il y a lieu, la sentence épiscopale attaquée ou la mesure prise par le ministre du culte. Le Conseil d'Etat se borne à rechercher si la décision est régulière en la forme, si les canons consacrent bien la peine prononcée, mais jamais il ne s'immisce dans la question de fond : « les membres du Conseil d'Etat ne connaissant pas les canons de l'Eglise, et n'ayant pas d'ailleurs la mission de les interpréter, c'est ordinairement en

(1) Ducrocq, *Droit administratif*, 7^e éd., t. III, p. 455.

(2) Les formes substantielles applicables devant les officialités s'imposent à l'évêque seul depuis leur suppression, 12 octobre 1872, aff. Junqua, *Lebon*, p. 765.

matière de peines ecclésiastiques de la discipline extérieure que cette assemblée est appelée à faire application de ce cas d'abus » (1).

Le recours ne peut d'ailleurs être porté au Conseil d'Etat que si toutes les autorités religieuses successivement compétentes ont été saisies de la plainte, car les Organiques (2) ont maintenu en matière spirituelle la hiérarchie de l'ancienne Eglise (3).

§ 5. — Entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public.

Une analyse rapide de la jurisprudence montre ici encore le caractère contentieux des recours basés sur ce cinquième chef.

A. S'agit-il d'injures, d'oppression ou de scandale reprochés à un prélat par le Gouvernement ? l'acte incriminé constitue toujours en même temps un excès de pouvoir et une violation des coutumes de l'Eglise gallicane : il y a toujours dans ces hypothèses

(1) Béquet, *Rép.*, Vo *Cultes*, n° 488.

(2) Article 15.

(3) 9 mai 1838, affaire Chrétien, *Lebon*, p. 238 ; 6 août 1850, aff. Audierne et Piveteau, *Lebon*, p. 1106 ; 29 août 1854, aff. Bourrel, *Lebon*, p. 1143 ; 24 avril 1860, aff. Hersent, *Lebon*, p. 938 ; 13 février 1892, aff. Labbé, *Lebon*, p. 1011, etc.

une menace d'ordre spirituel pour atteindre un résultat d'ordre temporel.

C'est ainsi qu'en 1843 l'évêque de Châlons fut déclaré d'abus pour avoir menacé de refus de sacrements les enfants élevés dans les établissements universitaires, et leurs familles (1) ; il en fut de même de plusieurs autres évêques qui avaient, après la loi sur l'instruction primaire, menacé du refus de sacrements les enfants entre les mains desquels seraient trouvés certains livres de classe condamnés par la Congrégation de l'Index (2).

L'évêque de Pamiers fut frappé (3) parce qu'il avait « fait naître dans l'esprit des fidèles la crainte de la suspension du service religieux » par suite d'une décision émanée du Gouvernement, « au lieu de s'occuper des mesures à prendre en vue de l'accomplissement de son devoir » (4). Le même détournement de pouvoir est manifeste quand un desservant refuse la première communion à des enfants parce que leurs pères n'ont pas voulu les laisser assister à un banquet qui devait avoir lieu après la

(1) 8 novembre 1843, *Lebon*, p. 541.

(2) 9 juin 1883, évêque de Langres, *Lebon*, p. 994, déjà cité ; 28 avril 1883, évêque d'Annecy et autres, *Lebon*, p. 990, déjà cité. Dans le même sens : 31 mars 1884, évêque d'Angers, *Lebon*, p. 979, déjà cité ; 26 juin 1897, évêque de Clermont, *Lebon*, p. 864, déjà cité.

(3) 12 février 1886, *Lebon*, p. 948, déjà cité.

(4) C'est en effet l'évêque qui est chargé par la loi de germinal de pourvoir à l'exercice du culte.

cérémonie et pour lequel une cotisation était exigée (1).

Mais, dans cette espèce, le recours émanait des particuliers et, en pareil cas, les conditions exigées par la jurisprudence pour qu'il y ait lieu à déclaration d'abus montrent clairement la nature du recours exercé.

B. Le Conseil d'Etat exige chez le particulier qui recourt pour abus la lésion d'un droit ; il faut que l'acte délictueux commis par le prêtre dans l'exercice du culte fasse naître chez lui un préjudice matériel, qu'il porte atteinte à des droits d'ordre temporel (2).

De telles conditions sont évidemment réunies lorsque le recours se fonde sur un outrage à la pudeur des femmes ou des jeunes filles (3), sur le fait par un prêtre d'avoir profité de l'empire exercé sur un mourant qu'il confesse pour se faire remettre des titres et des créances (4), ou pour demander des livres sous prétexte qu'ils sont mauvais (5).

(1) 7 janvier 1892, aff. Hérisset, *Lebon*, p. 4010.

(2) 23 juin 1846, aff. Genoud, *Lebon*, p. 348 ; 15 novembre 1858, aff. Corcinos, *Lebon*, p. 895 ; 14 juillet 1862, aff. d'Armaillé, *Lebon*, p. 1000 ; 13 décembre 1864, aff. Davoud, *Lebon*, p. 1162 ; 17 juin 1865, aff. Taillard, *Lebon*, p. 1187 ; 29 novembre 1879, aff. Henry, *Lebon*, p. 898, etc.

(3) 8 avril 1831, aff. Mazet, de Cormenin, *Question de droit administratif*, I, p. 340.

(4) 25 novembre 1829, aff. Navarre, S. 1829, II, p. 350.

(5) 9 août 1829, aff. Lemoine, De Cormenin, I, p. 340.

Si c'est un refus de sacrements qui est la cause du recours, il faut que ce refus soit entouré de circonstances telles qu'il dépasse les limites imposées au pouvoir ecclésiastique : « Le recours devant le Conseil d'Etat, dit M. de Cormenin (1), n'est admissible que pour réprimer l'injure ou le scandale public qui aurait accompagné le refus de sépulture. » « ... S'il n'y a que refus de sacrement, dit-il encore (2), sans accompagnement d'injure articulée et personnelle, il n'y a pas abus extérieur dans le sens légal de l'abus » (3).

Une remarque est nécessaire sur ce cinquième cas d'abus ; si l'on jette un coup d'œil sur les décisions rendues par le Conseil d'Etat depuis une vingtaine d'années, on est frappé du nombre très restreint d'espèces basées sur ce chef d'abus : c'est le résultat de l'évolution capitale accomplie par la jurisprudence en matière de recours préalable et d'autorisation de poursuites.

Nous serions ainsi amenés à esquisser cette transformation et à dégager l'argument essentiel qui en découle pour notre thèse, si nous n'avions encore à analyser un sixième cas d'abus --- abus im-

(1) De Cormenin, *Droit administratif*, Appendice, V^o Appel comme d'abus, p. 16.

(2) De Cormenin, *Droit administratif*, V^o Appel comme d'abus, p. 335. Dans le même sens : Dufour, *Droit administratif appliqué*, V, p. 264 ; Batbie, t. II, p. 306.

(3) Conseil d'Etat, 28 mars 1831, Batbie, II, p. 306 ; 30 avril 1862, aff. Rémy, *Lebon*, p. 999 ; 3 mars 1866, aff. Lasserre, *Lebon*, p. 1370 ; 29 janvier 1894, aff. Chassaing, *Lebon*, p. 753, etc.

putable cette fois non à des ecclésiastiques, mais à des agents de l'autorité civile — pour achever notre revue des diverses hypothèses d'abus, et la démonstration de leur caractère invariablement contentieux.

§ 6. — **Abus civil. Recours pour abus exercé par les ministres du culte contre les actes des autorités administratives.**

Nous savons en effet que le recours pour abus a pour but aussi bien de réprimer les empiétements de l'autorité temporelle que ceux des ministres du culte. « L'appel comme d'abus est réciproque » déclarait Pithou (1) ; et Portalis a dit à son tour (2) : «... Le recours au Conseil d'Etat doit donc être réciproque, comme l'était l'appel comme d'abus. »

Le caractère contentieux du recours pour abus civil paraît manifeste. Que reproche-t-on, en effet, dans ce recours aux dépositaires de la puissance publique ? Tantôt une usurpation de pouvoir, un véritable empiétement sur le domaine spirituel (3) ; tantôt

(1) 80^e proposition.

(2) Portalis, *Rapports et discours sur le Concordat et les Articles organiques*, p. 208.

(3) Hypothèse bien rare en pratique. On peut citer cependant le recours dirigé en 1803 contre le préfet de la Loire qui avait interdit à certains prêtres l'exercice de la prédication : la prédication est, en effet, d'ordre essentiellement spirituel ; elle est nécessaire pour l'exercice du culte, et c'est seulement par la voie du

un simple excès de pouvoir, l'accomplissement d'un acte qui lèse un ecclésiastique et qui dépasse, selon lui, les limites des pouvoirs conférés par la loi à l'autorité en question : l'hypothèse-type est celle d'un recours dirigé contre un arrêté municipal interdisant certaines cérémonies du culte, par application, estimée inexacte, des articles 45 des Organiques et 94-97 de la loi du 5 avril 1884.

Dans les deux cas, le recours tend à l'annulation de l'acte argué d'illégalité, et il se présente exactement sous le même aspect qu'un recours pour excès de pouvoir contre un acte quelconque de puissance publique. Nous sommes ainsi ramené à l'idée — sur laquelle nous nous sommes longuement étendu — d'étroite parenté du recours pour abus et du recours pour excès de pouvoir ; lorsqu'un acte de l'autorité civile se réfère à la police du culte et rentre dans la sphère d'application de l'article 7 des Organiques, il est déféré au Conseil d'Etat par la voie du recours pour abus ; c'est la seule voie de droit ouverte contre lui : le recours pour excès de pouvoir est irrecevable ; mais il n'en est pas moins vrai que tous les éléments d'un débat contentieux pour excès de pouvoir se trouvent réunis et on ne saurait attribuer au re-

recours pour abus ou de poursuites pénales que le préfet peut agir contre les ecclésiastiques qui en mésusent. A signaler aussi le recours pour abus formé par Mgr Caprara, légat du Saint-Siège, à propos de réponses dogmatiques qui avaient été faites par un magistrat de sûreté sur la question des obsèques religieuses.

cours une nature différente pour cette seule raison qu'il vise un acte réglementant l'exercice du culte et qu'il suit, de ce chef, une procédure spéciale.

Ces recours pour abus civil se présentent d'ailleurs sous deux formes.

a) Tantôt l'acte administratif critiqué est déféré directement au Conseil d'Etat à la manière d'un recours pour excès de pouvoir (1) :

b) Tantôt c'est à l'occasion d'un procès devant les juges répressifs que la question d'abus est soulevée : le prêtre poursuivi pour violation d'un arrêté municipal argue de l'irrégularité de cet arrêté et demande au Conseil d'Etat une déclaration d'abus ; celui-ci statue alors comme juge de l'interprétation des actes administratifs (2).

Nous venons, en notant que le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre les actes de l'autorité civile attentatoires à la liberté des cultes, de faire

(1) Conseil d'Etat, 26 janvier 1880, aff. Durruty, *Lebon*, p. 1097 ; 27 juillet 1882, habitants de Rouen contre le maire, *Lebon*, p. 1092 ; 13 mars 1894, aff. Itheney, *Lebon*, p. 754 ; 26 mai 1894, curé de Conac, *Lebon*, p. 754 ; 2 mai 1901, préfet du Nord, *Lebon*, p. 970 ; 23 décembre 1901, maire de Toulouse, *Lebon*, p. 971, etc.

(2) Conseil d'Etat, 17 août 1880, curé des Ponts-de-Cé, *Lebon*, p. 1098 ; 17 août 1880, curé de Souvigny, *Lebon*, p. 1100 ; 9 juillet 1881, curé de Saint-Zacharie, et 5 autres décrets du même jour, *Lebon*, p. 1060 ; 16 février 1883, maire d'Eccica-Suarella, *Lebon*, p. 990 ; 24 juillet 1885, abbé Arnoult, *Lebon*, p. 1025 ; 17 août 1886, desservant de Lunay, *Lebon*, p. 951 ; 1^{er} décembre 1891, maire de Manosque, *Lebon*, p. 836 ; 13 août 1895, maire de Lille, *Lebon*, p. 895 ; 31 mars 1901, maire de Sainte-Florine, *Lebon*, p. 970 ; 10 juin 1901, maire de Delle, *Lebon*, p. 971.

allusion à l'application, en matière d'abus, de la théorie connue sous le nom de « théorie du recours parallèle ». D'autre part, la question du recours pour abus sous forme préjudicielle est intimement liée à celle du recours préalable ou de l'autorisation de poursuites. Nous voulons faire une étude spéciale de ces divers points : autorisation de poursuites, questions préjudicielles d'abus, recours parallèle ; ils formeront les titres des principaux paragraphes de notre deuxième section, où nous nous proposons de montrer que la jurisprudence, inconsciemment peut-être, mais bien nettement selon nous, attribue au recours pour abus une nature contentieuse.

SECTION II. — **Exposé de quelques théories jurisprudentielles.**

§ 1^{er}. — **Du recours pour abus préalable à l'action publique ou privée.**

Nous avons souvent déjà fait allusion à la pluralité des recours auxquels un acte accompli par un ministre du culte dans l'exercice de ses fonctions est susceptible de donner naissance : recours pour abus par application des Organiques, action civile si un préjudice a été causé à un particulier, action répressive

si la loi pénale a prévu l'acte reproché à l'ecclésiastique.

Eh bien, le particulier lésé ou le ministère public peuvent-ils librement citer le ministre du culte devant les tribunaux judiciaires, sans qu'aucune déclaration d'abus soit intervenue ? Faut-il, au contraire, qu'il y ait recours préalable au Conseil d'Etat et autorisation par lui donnée de poursuivre par les voies ordinaires l'ecclésiastique coupable ? (1).

Il n'entre pas dans notre sujet de discuter dogmatiquement la question ; nous voulons seulement indiquer brièvement l'évolution jurisprudentielle très remarquable à laquelle elle a donné lieu et montrer quel rapport il y a entre la solution admise et le caractère par là même reconnu au recours pour abus.

Il semble bien que l'article 8 des Organiques soit fort net, et exige, avant l'exercice de toute poursuite contre un ministre du culte, l'intervention arbitrale du Conseil d'Etat qui, « selon l'exigence des cas »,

(1) Le texte sur lequel se pose la question est l'article 8 des Organiques : « Le fonctionnaire public, l'ecclésiastique, ou la personne qui voudra exercer ce recours, adressera un mémoire détaillé et signé au Conseiller d'Etat chargé de toutes les affaires concernant les cultes, lequel sera tenu de prendre, dans le plus court délai, tous les renseignements convenables ; et, sur son rapport, l'affaire sera suivie et définitivement terminée dans la forme administrative, ou renvoyée, selon l'exigence des cas, aux autorités compétentes. »

se contentera de déclarer l'abus, ou renverra le coupable devant les juges de droit commun. Telle a été, en effet, l'interprétation donnée à ce texte par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat au début du siècle. « Vu les articles 6, 7 et 8 de la loi de germinal an X, dit un arrêt de cassation du 25 août 1827 (1), attendu qu'il résulte de ces articles qu'en garantissant aux ministres de la religion le libre exercice de leurs fonctions la loi a en même temps déterminé les cas d'abus et le moyen d'en obtenir la répression ; que ce moyen est le recours au Conseil d'Etat qui, suivant les circonstances, doit terminer l'affaire administrativement ou la renvoyer aux autorités compétentes ; qu'il ressort de ces dispositions que le particulier qui se prétend lésé par un fait que la loi a qualifié d'abus ne peut poursuivre devant les tribunaux l'ecclésiastique inculpé sans recours préalable au Conseil d'Etat et sans autorisation (2)..... »

Le Conseil d'Etat, partageant l'opinion de la Cour de cassation, statuait sur toutes les demandes d'autorisation de poursuites à lui soumises ; il interprétait l'article 8 de la façon la plus large et y voyait la base pour lui des pouvoirs les plus étendus : il

(1) Sirey, 1825-1827, I, p. 676.

(2) Dans le même sens : Cass., 18 février 1836, S. 1836, I, 770 ; 28 juillet 1838, S. 1838, I.594 ; 12 mars 1840, S. 1850, I, p. 283, etc.

appréciait la gravité du délit, les satisfactions qui avaient pu déjà être accordées, et la nécessité de punir d'une manière plus ou moins sévère l'ecclésiastique attaqué. Tantôt il accordait l'autorisation en s'abstenant de déclarer l'abus (1) ; tantôt il reconnaissait le caractère répréhensible de l'acte de l'ecclésiastique, mais, en présence des réparations proposées, il estimait les poursuites inutiles (2) ; tantôt enfin il déclarait l'abus sans autoriser les poursuites (3).

Si une telle jurisprudence s'était maintenue, elle constituerait incontestablement un très sérieux argument à l'encontre de notre théorie sur le caractère du recours pour abus.

Quel motif, en effet, quelle base rationnelle donner à un pareil système ? On en conçoit deux :

1° On peut voir, tout d'abord, dans la nécessité du recours préalable au Conseil d'Etat, une garantie instituée par la loi en faveur des ministres du culte, garantie analogue à celle qu'édictait en faveur des

(1) 27 décembre 1858, D. P. 1859,3.44 ; 1^{er} décembre 1860, aff. Delcroix, *Lebon*, 939 ; 1^{er} juin 1867, aff. Fieux, *Lebon*, 1115 ; 10 juillet 1869, aff. Claveau, *Lebon*, 1208 ; 12 décembre 1876, aff. Maréchal, *Lebon*, 970.

(2) 10 avril 1861, aff. Maire ; *Lebon*, p. 1063 ; 25 février 1867, *Lebon*, p. 1114, aff. Pécaut ; 20 novembre 1867, *Lebon*, p. 1115, aff. Desmons ; 26 décembre 1868, D. P. 1869.5.107 ; 15 février 1876, *Lebon*, p. 950, aff. De la Coste.

(3) 12 mars 1844, D. Rép., V° *Cultes*, n° 268 ; 10 novembre 1861, *Lebon*, p. 1001 ; 13 décembre 1864, *Lebon*, p. 1162.

fonctionnaires l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.

Telle est l'opinion de M. de Cormenin (1) : « ... Or, le prêtre n'est pas un fonctionnaire dans le sens administratif.

« Le prêtre est couvert, lui, par une loi spéciale, celle du 18 germinal an X. Or, il s'agit d'une injure, et cette loi veut que le Conseil d'Etat, après avoir apprécié l'acte, ou rejette le recours comme d'abus, ou déclare qu'il y a abus, ou renvoie l'affaire à l'autorité compétente... Un prédicateur, du haut de la chaire sacrée ou sur les marches de l'autel, parle avec plus d'autorité et d'empire à un roi qu'un préfet ne s'aviserait de parler au dernier des citoyens. Si le Verbe du prêtre ne devait garder son indépendance, mieux vaudrait fermer les portes de l'église... Comment ! un simple garde forestier qui a blessé ou tué un citoyen... ne peut être traduit devant les tribunaux sans l'autorisation préalable du Conseil d'Etat, et un curé de canton, pour une légère articulation d'injure serait traîné directement devant la police correctionnelle !... »

2° On peut aussi, négligeant l'intérêt du ministre du culte ou du moins le faisant passer au second plan, s'attacher surtout à celui de l'Etat et mettre en avant des considérations de paix et d'ordre pu-

(1) Cormenin, *Droit administratif*, Appendice, V° Appel comme d'abus (éd. de 1840), p. 5 et 6.

blics. C'était là la thèse de la jurisprudence. Elle estimait qu'en une matière aussi délicate, aussi propre à soulever les passions et les haines locales, il était nécessaire qu'un juge suprême maintint l'unité de vue et de conduite, et décidât souverainement, suivant l'intérêt du Gouvernement et en se plaçant au point de vue politique, de l'opportunité des poursuites.

C'est à coup sûr d'une telle juridiction qu'on peut dire qu'elle offre un caractère politique, gouvernemental et disciplinaire, et la nature contentieuse d'un recours pour abus ainsi compris n'apparaît pas.

Dans une demande d'autorisation, en effet, on ne s'adresse pas au Conseil d'Etat pour obtenir la réparation d'un droit violé, la censure du coupable et l'annulation de l'acte illégal : le Conseil d'Etat se borne à étudier l'affaire, à peser les faits, à examiner les répercussions possibles de poursuites, soit sur les passions locales, soit sur la politique de l'Etat, et, « selon l'exigence des cas », il autorise ou refuse les poursuites.

Mais une telle interprétation de la loi de germinal ne devait pas être de longue durée. Déjà en 1831, Dupin, dont l'autorité était relevée par le fait qu'il avait assisté en légiste à la promulgation des Articles organiques, concluait devant la Cour de cassation à la liberté de poursuites du ministère public à l'en-

contre des ecclésiastiques (1). La Cour adopta ces conclusions dans ses arrêts des 23 juin, 9 septembre, 3 et 25 novembre 1831 (2).

Ce n'est du reste qu'en 1861 que la jurisprudence de la Cour de cassation, jusque-là incertaine, se fixe bien nettement dans le sens d'une distinction entre la poursuite du ministère public, déclarée indépendante de toute autorisation administrative, et celle des particuliers, soumise nécessairement à l'autorisation préalable (3).

(1) « La loi de germinal an X dit bien que, si à l'occasion d'un appel comme d'abus dont le Conseil d'Etat est saisi, il remarque un fait de nature à être renvoyé devant les tribunaux, il pourra le faire suivant l'exigence du cas, ainsi que doit le faire un tribunal civil qui découvre accidentellement un faux ou tout autre crime dans un procès civil ; mais s'il n'y a pas d'appel comme d'abus, l'action directe devant les tribunaux existe certainement sans qu'il y ait besoin d'autorisation préalable ». Conclusions de Dupin dans l'arrêt du 23 juin 1831, S. 31.I, p. 265.

(2) S. 1831.I, 264 et 353, S. 1832.I, 306, 307. — Comp. les arrêts de quelques Cours d'appel, Bourges, 21 juin 1839 ; Montpellier, 21 décembre 1840, S. 1841.2.594.

(3) Cass., 10 août 1861, D. 61.I, 348. « Attendu qu'aucune disposition des articles sus-énoncés (art. 6 et 8) ne porte que les ecclésiastiques ne pourront jamais être traduits pour des crimes ou délits relatifs à leurs fonctions devant les tribunaux ordinaires de répression sans avoir été préalablement déférés au Conseil d'Etat ;que, dans le silence de la loi, la règle générale écrite dans les articles 1 et 2 du Code d'instruction criminelle sur l'indépendance et la liberté entière de l'action publique conserve son empire ; attendu, il est vrai, qu'énumérant dans l'article 6 tous les cas d'abus, le législateur y a expressément rangé « toute entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience... » ; qu'une telle disposition, protectrice de l'honneur et de la considération de la vie privée, a eu pour effet d'atteindre même le délit

Une pareille brèche faite au système de l'autorisation de poursuites devait fatalement amener sa ruine. Du moment que la Cour suprême ne reconnaissait pas au texte de la loi de germinal an X une autorité suffisante pour modifier les principes du droit commun en matière d'action publique, sur quel texte se fondait-elle pour entraver la marche de l'action privée ?

Cette différence de traitement de l'action publique et de l'action privée relevait de l'arbitraire le plus certain. « Je voudrais, disait dès 1838 M. l'avocat général Hello (1), je voudrais que l'on me donnât la raison de cette différence, et surtout qu'on me la montrât dans la loi. Le Code d'instruction criminelle admet parallèlement l'action civile et l'action publique.... Cela est écrit et ne peut être écrit vainement... Si dans certains cas, que l'on cite comme autant d'exceptions, la loi cesse de traiter également les deux parties, publique et civile, chose remarquable ! l'équilibre se rompt en faveur de la partie civile, jamais au profit de la partie publique, qui est obligée d'at-

de diffamation, lorsque, se confondant avec l'acte de la fonction ecclésiastique, la diffamation vient à se produire en chaire et demeure inséparable de l'abus proprement dit ; que dans les cas de cette nature il appartient à la sagesse du législateur de mettre une barrière au devant de l'action privée, et de la soumettre préalablement à toute poursuite devant les tribunaux répressifs, à l'examen et à l'appréciation du Conseil d'Etat ; — Attendu que cette restriction est la seule qui ressorte des articles 6 et 8 de la loi.... »

(1) Cass., 26 juillet 1838, S. 1838, I, 594.

tendrel'impulsion de l'autre, comme au cas de chasse sur le terrain d'autrui, au cas d'adultère, au cas de diffamation... »

Aussi, le Conseil d'Etat, après cependant avoir persisté vingt ans encore dans sa jurisprudence primitive, modifia tout à coup et d'une façon radicale sa doctrine en 1880-1881. Plus logique que la Cour de cassation, il proclama du même coup la liberté de poursuites pour les particuliers et pour le ministère public (1).

Cette dualité de jurisprudence — car la Cour de cassation maintint après la volte-face du Conseil d'Etat sa jurisprudence de 1861 (2) — pouvait avoir de graves conséquences, puisqu'elle ne tendait à rien moins qu'à paralyser le cours de la justice. Si, en effet, l'autorité judiciaire saisie d'une poursuite déclare qu'elle ne peut pas la juger sans l'autorisation du Conseil d'Etat, et si de son côté le Conseil d'Etat

(1) 17 août 1880 ; aff. Pineau, Humeau, Ogerdias, *Lebon*, 4099 et 4100 ; 9 juillet 1881, six affaires, *Lebon*, p. 4060 ; 17 mars 1881, aff. Bertheley, *Lebon*, p. 4059 : « Considérant que la demande des époux Bertheley, dans la forme où elle est présentée, tend à obtenir, à raison des faits de violence et d'injures dont l'abbé Guy, desservant de Sevrey, se serait rendu coupable envers la femme Bertheley, l'autorisation de poursuivre ledit abbé devant le Tribunal de police correctionnelle ; — Considérant que la nécessité d'une semblable autorisation ne résulte d'aucun texte de loi ; que les particuliers ont aussi bien que le ministère public le droit de poursuivre directement les ministres du culte devant les tribunaux de droit commun..... »

(2) 19 avril 1883. D. P. 1885, I, 44.

décide qu'il ne lui appartient pas de donner cette autorisation, la poursuite reste sans juge (1).

Cette dissidence prit fin en 1888. Dans deux arrêts du 2 juin et du 3 août (2), la Cour de cassation, acceptant enfin la conséquence inéluctable du principe dégagé par elle dès 1831, se rallia à la jurisprudence du Conseil d'Etat, et affirma à son tour l'entière liberté des poursuites, aussi bien pour les particuliers que pour le ministère public (3).

Il n'est pas besoin de longs développements pour tirer de cette évolution jurisprudentielle la conclusion qui convient : son exposé est par lui-même suffisamment instructif.

Le Conseil d'Etat se dépouille spontanément du rôle d'arbitre souverain qu'on veut lui faire jouer ; il décline la fonction de régulateur, de dispensateur suprême des poursuites dirigées contre les ministres du culte dont on le prétend investi ; il se refuse à

(1) Note rédigée en assemblée générale du Conseil d'Etat et jointe au décret du 17 janvier 1883 signalant le danger au Gouvernement.

(2) D. P. 1888, I. 441.

(3) « Attendu... qu'il faudrait une disposition spéciale et formelle qui, par dérogation au droit commun, imposât ce recours préalable en cas de délit ; que cette disposition n'existe ni en ce qui concerne l'action du ministère public, ni en ce qui concerne celle de la partie civile ; — Attendu que rien ne peut la suppléer, et que, dans le silence de la loi, la règle générale écrite dans les articles 1 et 2 du Code d'instruction criminelle sur la liberté de l'action publique et de l'action civile conserve son empire... »

Dans le même sens : 4 mars 1892, S. 1892, I. 212 ; 15 mai 1896, S. 1896, I. 475.

apprécier arbitrairement la gravité des faits qu'on lui soumet, et à se guider sur des considérations essentiellement contingentes de tranquillité publique ou de convenances politiques pour décider si oui ou non il convient d'exercer l'action publique ou l'action privée. Que demeure-t-il donc ? — un juge et rien qu'un juge. Il veut qu'on recoure à lui, non pour qu'il lève une barrière aux poursuites des particuliers ou du ministère public, mais seulement pour qu'il tranche un point de droit. Les juges civils ou criminels examineront le fait délictueux au point de vue de ses conséquences dommageables et au point de vue de l'infraction aux textes du Code pénal ; le juge administratif, le Conseil d'Etat recherchera s'il tombe sous le coup des articles 6 et 7 des Organiques, s'il y a atteinte aux droits par eux consacrés. Les premiers accorderont une réparation matérielle à la victime et frapperont d'une peine l'auteur de l'acte incriminé ; le second annulera son acte et lui infligera la censure solennelle de la déclaration d'abus.

Ce n'est pas au décret d'abus, acte juridictionnel, qu'il appartient d'autoriser des poursuites ou d'en ordonner d'office (1).

(1) Pas plus qu'il ne lui appartient, par exemple, de sanctionner la déclaration d'abus par une suppression de traitement. Il y a là une mesure d'ordre purement disciplinaire que le Conseil d'Etat nes aurait insérer dans une décision contentieuse ; seul le Gouver-

Si le Gouvernement estime des poursuites nécessaires, c'est par acte distinct qu'il lui est loisible de donner à ses agents l'ordre d'en exercer.

Ce départ entre les fonctions du Conseil d'Etat et celles du Gouvernement est nettement fait dans un rapport de M. P. Collet sur le recours pour abus formé en 1883 contre l'évêque d'Annecy (1).

« Le Conseil d'Etat n'a pas à déclarer qu'il faut poursuivre ; c'est là le rôle du Gouvernement qui seul a mission de maintenir la discipline ecclésiastique, et qui doit se laisser guider par les circonstances et les nécessités de la politique... Nous n'avons pas besoin de rappeler que le ministère public conserve son indépendance et que le silence de notre décision ne sera pas plus une renonciation au droit de poursuivre que le renvoi ne constituerait la mise en mouvement de l'action publique ».

Le recours préalable au Conseil d'Etat en cas de poursuites contre des ecclésiastiques n'est donc pas admis ; c'est un point bien constant aujourd'hui en jurisprudence.

Mais, s'il n'y a pas lieu d'obtenir une autorisation de poursuites avant de mettre en mouvement l'action publique ou l'action privée, que va-t-il se passer

nement peut y recourir par un acte spécial de souveraineté s'il la croit opportune.

(1) 9 juin 1883, *Lebon*, 990, *Archives du Conseil d'Etat*, 1883, n° 450 des imprimés.

lorsque le défendeur à une action civile ou répressive prétend, comme moyen de défense, soit qu'il n'a pas outrepassé ses droits de prêtre, soit que l'acte de l'autorité administrative qu'on lui reproche d'avoir transgressé est entaché d'abus, c'est-à-dire lorsqu'il soulève l'exception de non-abus ecclésiastique, ou l'exception d'abus civil?... La question d'abus se présente ainsi non plus sous forme préalable, mais sous forme préjudicielle.

§ 2. — Des questions préjudicielles d'abus.

A. Il ne pouvait être question d'exceptions d'abus ecclésiastique à l'époque où la Cour de cassation exigeait l'autorisation du Conseil d'Etat pour la recevabilité même de la poursuite : la question d'abus se posait toujours comme question préalable (1) et non comme question préjudicielle.

Mais, dans le conflit aigu qui s'éleva entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, en 1880, la forme préjudicielle donnée aux questions d'abus fut d'un grand secours. Le Conseil d'Etat se refusait à statuer sur les demandes d'autorisation de poursuites, du moins allait-il être forcé de se déclarer compétent

(1) Nous employons ici l'expression « question préalable » dans un sens un peu spécial : généralement on désigne ainsi une question dont la solution est nécessaire à la solution du litige — comme la question préjudicielle — mais qui, à la différence de celle-ci, ne dépasse pas la compétence du juge saisi.

sur des recours pour abus véritables introduits sous forme préjudicielle (1).

En effet, l'entente se fit sur cette transaction, et ce *modus vivendi* persista jusqu'à l'accord harmonieux des jurisprudences des deux Cours souveraines en 1888.

Depuis lors, l'autorisation de poursuites cessant d'être exigée par la Cour de cassation, « la question préjudicielle d'abus ecclésiastique n'aurait évidemment plus de raison d'être » (2).

(1) « Le Conseil d'Etat, dit M. Laferrière (II, p. 106), n'a pas à contrôler les décisions judiciaires qui lui renvoient, même à tort, des questions préjudicielles ; il doit voir ces questions en elles-mêmes et les juger toutes les fois qu'elles relèvent de sa compétence :

Or, les questions d'abus, qu'elles soient introduites devant lui sur l'initiative des parties et sous forme d'action principale, ou bien à l'instigation d'un tribunal judiciaire et sous forme de questions préjudicielles sont toujours des questions d'abus : d'où il suit que le Conseil d'Etat ne peut refuser d'en connaître. »

M. Laferrière note cependant que le Conseil d'Etat a d'abord montré « quelque répugnance à juger des recours pour abus formés au cours d'instances engagées pour diffamation ou voies de fait, et provoqués par un jugement de sursis ; il a dit que c'était là une demande d'autorisation déguisée dont il ne pouvait pas connaître. »

La lecture des décrets d'abus cités par M. Laferrière permet, semble-t-il, de ne souscrire que sous quelques réserves à cette dernière idée ; dans les décrets du 17 mars 1881 et du 3 août 1884, en effet, il n'est fait mention d'aucun jugement de sursis, et c'est sur une véritable demande d'autorisation de poursuites que le Conseil avait à statuer ; mais, chaque fois qu'il est intervenu au préalable un jugement de sursis, chaque fois par conséquent qu'il y a question préjudicielle, le Conseil d'Etat examine le recours pour abus : 17 août 1880, 3 décrets, 9 juillet 1881, *Lebon*, p. 1060, 30 janvier 1887, *Lebon* p. 892.

(2) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 108.

Cependant, cette haute juridiction, dans un arrêt récent, en a affirmé à nouveau la nécessité, faisant ainsi un pas curieux en arrière et semblant vouloir revenir à ses anciens errements. Cet arrêt (1) a fait ainsi renaître l'ancien conflit avec le Conseil d'Etat.

« Attendu... qu'en déclarant, en l'état de ces constatations, que l'entreprise ou le procédé reproché par Le Pendu à l'abbé Le Bayon avait été accompli par un ministre du culte, dans l'exercice du culte, et en décidant qu'il y avait lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle d'abus ait été tranchée par la juridiction compétente, le jugement attaqué n'a point fait une fausse application de l'article 6 de la loi de germinal an X... »

Il nous paraît fort intéressant pour notre thèse de constater qu'en présence de ce retour à la situation de 1880, le Conseil d'Etat s'est nettement refusé à statuer sur le recours porté devant lui (2) bien qu'il se soit agi non d'une question préalable d'abus mais d'une question seulement préjudicielle.

Nous y voyons, pour notre part, la preuve de la fermeté avec laquelle le Conseil d'Etat entend repudier toute mission qui pourrait ressembler à celle d'un conseil disciplinaire ou d'un souverain arbitre en matière de poursuites dirigées contre des ecclé-

(1) 10 juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.2.260.

(2) 23 janvier 1902, *Cons. d'Et.*, *Gaz. Pal.*, 1902.1.349.

siastiques, pour se renfermer dans ses fonctions de juge.

Sans doute, pendant quelques années, il a statué sur les questions préjudicielles d'abus ecclésiastiques, bien qu'en définitive il y eût là des demandes d'autorisation déguisées. L'arrêt de 1902 nous permet de penser que la véritable raison en est moins dans les arguments juridiques développés par M. Laferrière (1) que dans des considérations d'utilité pratique. Le Conseil d'Etat, en présence de la jurisprudence de la Cour de cassation, bien fixée dans le sens de la nécessité d'une autorisation préalable, n'a pas voulu paralyser le cours de la justice ; mais aujourd'hui que la Cour suprême s'est ralliée au système de liberté absolue de poursuites, le Conseil d'Etat entend la faire persister dans cette jurisprudence et il s'oppose fermement, par sa décision du 23 janvier 1902, à toute régression vers une théorie surannée.

Cette jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de questions préjudicielles d'abus ecclésiastique est encore remarquable à un autre point de vue : elle offre un contraste absolu avec la jurisprudence relative aux questions préjudicielles d'abus civil.

B. Lorsqu'un ecclésiastique, poursuivi pour infraction à un règlement administratif, excipe de l'il-

(1) Laferrière, p. 405 et 406, t. II, et *suprà*, note, p. 92.

légalité de ce règlement et le prétend entaché d'abus, la Cour de cassation exige que le juge répressif surseoie à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'Etat sur la question d'abus (1), et le Conseil d'Etat de son côté n'a jamais hésité à statuer sur de telles questions préjudicielles.

La raison en est simple : il ne s'agit pas pour lui, dans ces espèces, de trancher une demande d'autorisation de poursuites plus ou moins déguisée et de jouer le rôle d'un conseil politique, difficilement conciliable avec le caractère contentieux du recours ; il s'agit, au contraire, de faire exclusivement œuvre de juge et d'appliquer à la matière les principes du contentieux de l'interprétation. La légalité d'un acte administratif de puissance publique est contestée devant le juge répressif ; il est conforme au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire que l'appréciation de cet acte appartienne au juge administratif.

« Dans les cas d'abus civil, dit M. Laferrière (2), la question préjudicielle d'abus ne se rattache pas à l'idée d'autorisation préalable ; elle tend uniquement à donner satisfaction au principe de la

(1) 25 septembre 1835, D. 1835.I.486 ; 25 juin 1863, D. 1863.I.322 ; 5 décembre 1878, D. 1879.I.185 ; 25 mars 1880, D. 1880.I.185, 19 décembre 1891, D. 1892.I.438 ; 4 mars 1892, D. 1893.I.209 ; 15 mai 1896, D. 1897.I.335 ; Cass. crim., 26 avril 1902, Affaire Devins et Laurent contre maire Ste-Florine, *Gaz. Pal.*, 1902, p. 705.

(2) Laferrière, II, p. 408.

séparation des pouvoirs en faisant résoudre par l'autorité compétente la question de savoir si l'acte administratif à qui l'on reproche cette illégalité particulière qu'on appelle l'abus civil, est ou non entaché de ce vice. Il n'y a là que l'application des règles ordinaires sur la séparation des compétences, avec cette seule particularité que la question préjudicielle d'abus ressortit au Gouvernement en Conseil d'Etat, tandis que les autres questions de légalité et de validité d'actes administratifs ressortissent au Conseil d'Etat statuant au contentieux. »

Le Conseil d'Etat voit si bien dans ces questions préjudicielles d'abus civil une application du contentieux de l'interprétation qu'il n'hésite pas à leur en appliquer les principes.

C'est un des traits caractéristiques du recours en interprétation, qui le distingue nettement du recours pour excès de pouvoir, que le juge, même s'il déclare l'illégalité, laisse subsister l'acte. Eh bien, lorsqu'il est saisi d'une question préjudicielle d'abus, le Conseil d'Etat suit cette règle.

« Il est à remarquer, dit M. Laferrière (1), que, lorsque le Conseil d'Etat est appelé à statuer sur une question préjudicielle d'abus, et qu'il reconnaît que l'acte est abusif, il n'en prononce pas l'annulation comme il le ferait s'il était saisi d'un recours direct... » (2).

(1) Laferrière, II, p. 87.

(2) Ainsi dans l'affaire Lesage, Bertaux et autres (13 août 1895,

Nous pensons aussi qu'il faudrait appliquer à la décision rendue par le Conseil d'Etat la maxime « *res inter alios judicata aliis neque prodest neque nocet* » : la décision interprétative en matière d'abus n'est qu'un élément de la solution du litige, elle ne peut avoir plus d'étendue que la décision à rendre sur le fond.

C'est du reste ce que la Cour de cassation admet dans le cas où la question d'abus est portée au Conseil d'Etat par un particulier. « Attendu... que la décision du Conseil d'Etat... ayant été rendue non sur une plainte particulière, mais sur le recours du préfet du Var agissant en vertu de l'article 8 de la loi du 18 germinal an X, elle a un caractère général et d'ordre public... » (1). Pourquoi faire cette distinction et ne pas étendre même au décret intervenu sur le recours du préfet la règle *res inter alios judicata* ? Ce n'est, en effet, qu'à défaut de la partie poursuivie, lorsqu'elle ne se hâte pas de fournir une solution à l'incident qu'elle a soulevé que le préfet agit.

Lebon, 1895, p. 896), un arrêté du maire de Roubaix ayant été déféré comme d'abus au Conseil d'Etat sous forme de question préjudicielle, celui-ci, après avoir constaté, « qu'il suit de là que le maire de Roubaix en prenant l'arrêté attaqué a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui que le législateur a eu en vue », se borne à déclarer : « Il y a abus dans l'arrêté du maire de Roubaix du 2 mars 1895 », sans prononcer l'annulation de cet arrêté.

(1) 12 août 1882, D. P. 1883.I.41.

Le garde des sceaux et le procureur général près la Cour de cassation paraissent avoir admis cet effet relatif du décret préjudiciel d'abus, le premier dans une lettre chargeant le procureur général près la Cour de cassation de déférer à la chambre criminelle un jugement du tribunal correctionnel de Brioude du 5 novembre 1901 : «..... Se trouvant en présence d'une question préjudicielle et qu'il n'avait pas qualité pour résoudre, le tribunal ne pouvait qu'impartir un délai pour renvoi à l'autorité administrative, s'il estimait que le décret du Conseil d'Etat du 31 mars 1901 (1) ne donnait pas déjà la solution de la question soulevée devant lui... », le second dans ses conclusions sur cette affaire : « Le tribunal de Brioude devait s'incliner devant les prescriptions formelles de la loi de germinal an X et se borner à surseoir en invitant les parties à se pourvoir devant l'autorité administrative pour faire juger cette question préjudicielle, si toutefois il estimait que la décision précitée du Conseil d'Etat n'avait pas tranché définitivement la question » (2).

Il nous semble enfin que, conformément à la règle de droit commun en matière de questions préjudicielles, le juge qui surseoit à statuer lorsqu'on sou-

(1) Décret intervenu sur une question préjudicielle d'abus. *Lebon*, p. 970, année 1901.

(2) *Gaz. Pal.*, 1902, 705.

lève devant lui l'exception d'abus devra impartir un délai au prévenu pour faire trancher cette question. En ce sens s'est prononcée la direction des cultes dans une circulaire du 18 août 1880 qui fixe à trois mois le délai normal (1), et cette prescription semble être suivie soit par les juges de simple police, soit par le Conseil d'Etat (2).

Deux dérogations importantes au droit commun peuvent seulement être relevées dans cette matière des questions préjudicielles d'abus : d'abord le fait même qu'il y ait lieu à débat préjudiciel, puisque les tribunaux de simple police ont normalement le contentieux de pleine juridiction des actes réglementaires (art. 471, C. pén.) ; ensuite, le refus au ministère public du droit de porter lui-même la question préjudicielle devant le juge compétent.

Mais il ne faut pas attribuer une portée trop considérable à ces deux restrictions.

a) Si le juge de police ne peut connaître de la question d'abus, la jurisprudence ne va pas jusqu'à voir dans la question d'abus une exception d'ordre public (3). Si donc la question préjudicielle n'est pas

(1) *Recueil des circulaires des cultes*, t. IV, p. 57, et *Bulletin officiel du ministère de la justice*, p. 125.

(2) 16 février 1883, Poggi et autres, *Lebon*, 990.

(3) Cass., 11 août 1881, D. P. 1881. I. 395. « Attendu que l'exception d'abus n'ayant pas été soulevée, le Tribunal n'avait pas à la suppléer d'office... » ; 26 mai 1882, D. P. 1882. I. 379. « Attendu que le juge de police légalement saisi par le ministère public n'a pas à suppléer d'office l'exception d'abus et doit, si le prévenu s'abstient

soulevée, ce sera en fait le juge du fond qui statuera sur la légalité de l'arrêté, conformément au droit commun. C'est ainsi que certains arrêts de cassation discutent eux-mêmes la légalité d'arrêtés municipaux relatifs au culte.

Dans un arrêt du 19 février 1887 (1), la Cour de cassation décide que l'arrêté pris par le maire de Charenton, qui était critiqué comme apportant un trouble à la liberté des cultes, est légal parce qu'il a pour but le maintien du bon ordre et de la tranquillité publique, et qu'il édicte des mesures dont l'administration est seule juge comme chargée de la police générale.

La même doctrine se retrouve dans un arrêt du 15 décembre 1888 (2) ; M. Sallantin, dans son rapport, prévoit l'hypothèse où la Cour pourrait considérer l'arrêté du maire comme entaché d'excès de pouvoir.

Il est permis du reste de déplorer l'atteinte, même ainsi atténuée, que subit en matière d'abus le contentieux de pleine juridiction des tribunaux de police. On saisit mal la raison d'être d'une différence de traitement fait aux actes réglementaires suivant que l'illégalité dont on les prétend entachés touche

de la soulever, statuer sur la contravention objet de la poursuite... »

(1) D. 1887. I. 192.

(2) D. 1889. I. 171.

ou ne touche pas à l'exercice du culte. Dans les deux cas le caractère légal du règlement constitue exactement au même titre un des éléments de la contravention. En soustrayant dans certaines hypothèses l'appréciation de cette légalité au juge du fond, en le forçant à surseoir à statuer, il semble qu'on méconnaisse l'esprit de la loi qui est de limiter le plus possible le nombre des questions préjudicielles et d'éviter que les tribunaux judiciaires en soient à tout moment encombrés.

b) Des critiques plus vives encore peuvent être formulées contre le refus d'accorder au ministère public le droit d'agir après le jugement de sursis, et de faire trancher la question préjudicielle. Il faut voir là, nous semble-t-il, un dernier vestige de l'interprétation étroite de la loi de germinal (1) : « Le recours compétera à toute personne intéressée ; à défaut de plainte particulière, il sera exercé d'office par les préfets. »

Chacun s'accorde à reconnaître cet article incomplet. Il est certain que, dans le cas où le gouvernement prend l'initiative de l'action et estime nécessaire de réprimer un empiétement de l'autorité ecclésiastique, « le recours compéte en premier lieu au ministre des cultes » (2). D'ailleurs, lorsque le législateur oppose dans l'article 8 les particuliers et le

(1) 17 août 1880, *Lebon*, 1098.

(2) *Laferrière*, II, p. 409.

préfet, il n'a en vue que les cas d'abus déferés directement au Conseil d'Etat ; les particuliers agissent quand l'acte abusif du prêtre touche à leur intérêt personnel ; le préfet agit lorsque cet acte contrevient à une loi générale ou aux droits d'une collectivité. La distinction de la loi de germinal indique simplement que le ministère public est incompétent pour poursuivre directement devant le Conseil d'Etat un acte abusif.

Au contraire, dès que le ministère public a un intérêt à obtenir du Conseil d'Etat une déclaration d'abus, il doit pouvoir agir ; or, dans notre hypothèse cet intérêt est évident : le ministère public recherche la solution de la poursuite qu'il a intentée.

Ce déni de compétence au ministère public pour porter au Conseil d'Etat la question préjudicielle d'abus se comprend moins encore avec la jurisprudence moderne en matière d'autorisation de poursuites. Dans l'ancien système, tendant à faire du Conseil d'Etat une sorte d'arbitre souverain, l'intervention exclusive des représentants du Gouvernement dans une procédure essentiellement administrative se conçoit, mais depuis que le Conseil d'Etat a nettement affirmé son rôle exclusivement juridictionnel, on ne comprend plus une pareille solution : il résout les questions préjudicielles comme juge de l'interprétation des actes administratifs, et il est clair que le

ministère public est intéressé plus que tout autre à faire déclarer si oui ou non il y a abus.

Il nous reste encore à développer deux arguments — qui paraissent décisifs — dans le sens de la nature contentieuse du recours pour abus : le premier est tiré de l'absence de voie de recours contre le décret d'abus ; le second de la théorie célèbre dite du recours parallèle.

§ 3. — Absence de recours contentieux contre les décrets rendus en matière d'abus.

Si le décret auquel donne lieu le recours pour abus n'avait pas un caractère contentieux, s'il prononçait simplement, selon le mot de M. Laferrière, une « annulation administrative », cet acte d'administration serait susceptible d'un recours contentieux ; notamment, il n'échapperait pas au recours pour excès de pouvoir, recevable contre tous « les actes des diverses autorités administratives ». Or, aucun recours n'est admis contre le décret d'abus !

M. Laferrière prévoit l'argument et l'écarte d'un mot : « L'autorité dont ils (les décrets rendus en matière d'abus) émanent n'est pas au nombre des autorités administratives sur lesquelles le Conseil d'Etat a juridiction en vertu de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 ; elle est une autorité d'ordre gouver-

nemental qui ne relève pas plus des tribunaux administratifs que des tribunaux judiciaires » (1).

Les décrets d'abus seraient donc des *actes de gouvernement*, et l'absence de recours contentieux à leur encontre s'expliquerait dès lors fort aisément.

Mais, ainsi que le remarque M. Hauriou (2), « c'est une affirmation que M. Laferrière ne reproduit pas au siège de la matière des actes de gouvernement » (3).

On ne voit pas très bien, en effet, comment faire entrer les décrets d'abus dans le cadre des actes de gouvernement, ceux surtout rendus sur les recours émanés de simples particuliers. Voilà par exemple un arrêté municipal ; il touche à l'exercice du culte ; ce seul caractère le fait échapper au recours pour excès de pouvoir et le recours pour abus est seul recevable contre lui. Eh bien, dans la thèse de M. Laferrière, non seulement la décision du Conseil d'Etat n'est pas une décision contentieuse, mais encore c'est un « acte de gouvernement », c'est-à-dire un de ces actes engageant la vie même de l'Etat, sa sécurité intérieure ou extérieure. « Gouverner, dit lui-même M. Laferrière (4), c'est veiller à l'observation de la constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs

(1) Laferrière, II, p. 84.

(2) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., p. 110 ; 4^e éd., p. 192.

(3) Laferrière, II, p. 34 et 422.

(4) Laferrière, II, p. 33.

publics, assurer les rapports du Gouvernement avec les Chambres, ceux de l'Etat avec les puissances étrangères. » Et, conformément à ce critérium, l'éminent auteur énumère par deux fois les actes du Gouvernement. Ce sont : les décrets relatifs aux rapports du Gouvernement avec les Chambres, — les actes relatifs à la sûreté extérieure de l'Etat, d'une manière générale les actes diplomatiques, — les actes dits de « sûreté publique », c'est-à-dire ayant trait à certaines mesures de sûreté intérieure de l'Etat, telle la déclaration de l'état de siège, — les faits de guerre.

Cette simple énumération est la meilleure critique à faire de la thèse des décrets d'abus-actes de gouvernement.

Quel rapport établir, en effet, entre ces divers actes et la déclaration d'abus ? Comment les ranger sous la même rubrique ? L'analyse que nous avons faite du recours pour abus nous dispense d'insister : on y a en vue seulement de faire respecter la loi, d'accorder réparation aux droits lésés, de maintenir les ministres du culte ou les agents du pouvoir civil dans les justes limites de leurs attributions respectives.

Si les décisions auxquelles il donne lieu ne sont susceptibles d'aucun recours contentieux, la raison en est, suivant nous, bien simple. C'est tout simplement parce qu'elles sont elles-mêmes des décisions

contentieuses, derniers vestiges de la justice retenue du chef de l'Etat.

Que s'il est besoin d'une dernière preuve, elle va nous être fournie avec une netteté absolue par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir.

§ 4. — Théorie du recours parallèle.

Aux termes d'une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat déclare irrecevable le recours pour excès de pouvoir, lorsque la discussion de l'acte administratif argué d'illégalité n'est qu'un élément d'un débat plus complet qui peut être porté devant une juridiction judiciaire ou administrative. C'est la *théorie du recours parallèle*.

Le Conseil d'Etat pense qu'en accueillant le recours pour excès de pouvoir contre des actes administratifs, bien que l'appréciation de leur légalité fasse partie du contentieux de pleine juridiction attribué en la matière à d'autres juridictions, il aurait le moyen de faire revivre le système des évocations, si justement reproché à l'ancien Conseil du roi. Les tribunaux administratifs de premier ressort et les tribunaux judiciaires seraient exposés, dans une foule d'affaires, à se voir enlever la matière d'un débat dont la connaissance leur est cependant réservée par la loi. D'autre part, le Conseil d'Etat a été

frappé des contrariétés de jugements que pourrait entraîner l'absence de toute entrave à l'exercice du recours pour excès de pouvoir ; après, par exemple, que le Conseil d'Etat aurait déclaré valable l'acte à lui déféré, le juge du fond pourrait parfaitement décider le contraire et proclamer l'illégalité de l'acte en question (1).

Le Conseil d'Etat exige d'ailleurs, pour que l'exercice du recours pour excès de pouvoir soit paralysé, la réunion de conditions bien nettes.

1° Il faut que la partie lésée dispose, pour obtenir satisfaction, d'un recours *parallèle* c'est-à-dire capable de la conduire au but auquel elle est en droit de tendre (2).

(1) Nous n'avons pas à apprécier cette jurisprudence. Remarquons cependant qu'elle est peu conforme aux principes généraux du Droit : Il est constant, en effet, qu'on ne peut opposer une fin de non-recevoir à une action, sous prétexte que la partie intéressée peut arriver aux mêmes résultats en exerçant une action différente. Par exemple : la partie lésée par un fait délictueux peut demander réparation du dommage subi, soit aux juges civils, soit aux juges de répression, conjointement à l'action publique ; Personne n'a jamais soutenu que la juridiction pénale pût [déclarer irrecevable l'action portée devant elle, sous le prétexte que le particulier lésé aurait pu agir au civil.

Notons aussi qu'on ne saurait considérer le recours pour excès de pouvoir comme faisant double emploi avec les autres voies de Droit : La sentence à laquelle celles-ci aboutissent ne produit d'effet qu'*inter partes* et prévient seulement les effets de l'acte illégal dans le cas spécial du litige et à l'égard d'une personne déterminée ; seul le recours pour excès de pouvoir aboutit à l'annulation *erga omnes* et supprime l'acte irrégulier.

(2) Cette condition n'est pas remplie, par exemple : si la partie lésée par un acte administratif ne dispose que d'une action en in-

2° Ce recours, qui peut être exercé devant une autre juridiction, doit, en second lieu, être *direct*, c'est-à-dire qu'il doit consister en une action que la partie lésée peut mettre en jeu de sa propre initiative ; ce ne doit pas être une simple exception (1).

3° Enfin, troisième condition qui pour nous présente un intérêt capital : le Conseil d'Etat exige que ce recours direct et parallèle, dont par hypothèse dispose la partie lésée, soit en outre un recours *contentieux*. « Enfin, dit M. Laferrière (2), le recours parallèle et direct qui fait obstacle au recours pour excès de pouvoir ne doit s'entendre que d'un recours de nature contentieuse, d'une action devant un tribunal judiciaire ou administratif, et non d'un simple recours hiérarchique devant l'autorité supérieure » (3).

Dès lors, le raisonnement s'étaye, irrésistible.

D'une part, le Conseil d'Etat déclare, d'une manière constante, irrecevable, le recours pour excès de pouvoir contre un acte de l'administration argué

dennité fondée sur le dommage causé par l'acte ; une telle action ne lui permet pas de détourner les effets de l'acte, mais seulement de les réparer après les avoir subis.

(1) Ainsi, l'article 471, § 15, donne exception au prévenu poursuivi devant le Tribunal de police pour infraction aux règlements de police, il lui permet de se défendre en invoquant l'illégalité de l'arrêté. Mais il serait vraiment singulier d'obliger le particulier lésé par un tel acte à contrevenir à cet acte pour en faire proclamer l'illégalité.

(2) Laferrière, II, p. 481.

(3) Cons. d'Et., 6 juin 1879, de Vilar, *Lebon*, 1879, p. 464.

d'illégalité lorsqu'il touche à l'exercice du culte. De pareils actes, dit-il, ne sont « pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir, sauf le recours pour abus qui compète à toute personne intéressée en vertu des articles 7 et 8 de la loi du 18 germinal an X contre tout acte de l'autorité civile qui porterait atteinte à l'exercice public du culte, et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres ».

D'autre part, le Conseil d'Etat proclame que le recours pour excès de pouvoir n'est irrecevable contre un acte administratif que lorsque le particulier lésé par cet acte dispose d'une voie de recours parallèle, directe, et « de nature contentieuse ».

Donc, le recours pour abus est un recours « de nature contentieuse ».

La jurisprudence nous en donne à nouveau et avec netteté l'affirmation, implicite sans doute, mais absolument catégorique.

CONCLUSION

Nous avons ainsi achevé la tâche que nous nous étions assignée : l'histoire, les textes et la jurisprudence nous ont successivement convaincus de la nature contentieuse du recours pour abus ; toutes, elles nous l'ont présenté comme une survivance du vieux système de la justice retenue.

Il nous semble qu'en lui déniaient cette nature, on méconnaît l'esprit même du contentieux administratif.

Sans doute le chef de l'Etat, statuant en son Conseil sur un recours pour abus, jouit d'un très large pouvoir d'appréciation : il doit soigneusement examiner les faits pour discerner sainement si, oui ou non, l'acte reproché au ministre du culte ou à l'agent de l'autorité civile constitue un abus dans les circonstances où il s'est produit ; sans doute l'annulation qu'il prononce de l'acte incriminé opère *erga omnes* ; sans doute enfin des intérêts politiques sont souvent en jeu dans le débat. Mais ce sont là autant de traits propres au contentieux administratif ! — soit au contentieux de pleine juridiction, soit au contentieux de l'annulation.

C'est précisément le fait des juges administratifs de connaître des litiges où les intérêts de la puissance publique sont engagés, et de pouvoir descendre très avant dans l'esprit des actes qui leur sont déférés, sans cependant que l'indépendance du Gouvernement puisse en souffrir, puisqu'il s'agit de juges pris dans le sein même de l'administration.

Le juge de l'abus peut annuler d'une manière absolue l'acte incriminé : C'est, peut-on dire, en appliquant au recours pour abus une formule que M. Laferrière emploie relativement au recours pour excès de pouvoir, « une conséquence de la juridiction toute spéciale exercée en cette matière par le Conseil d'Etat et à laquelle est inhérente une part de jouissance publique et d'autorité hiérarchique » (1).

Le juge de l'abus jouit des pouvoirs les plus étendus ; il est souverain appréciateur du fait et du droit : il en est de même dans les recours contentieux par excellence, ceux qui se rattachent au contentieux de pleine juridiction. M. Béquet (2) est surtout frappé par ce trait et cet auteur va jusqu'à rattacher à ce contentieux le recours pour abus, ainsi que quelques autres des recours qui constituent à nos yeux des hypothèses de justice retenue (3). « Au contentieux

(1) Laferrière, II, p. 479.

(2) Béquet et Dupré, *Répertoire*, V^o *Contentieux administratif*, n^o 543.

(3) Sauf cependant la troisième hypothèse : L'unique arrêt rendu sur la question depuis 1872 l'a été par le Conseil d'Etat lui-même

de pleine juridiction nous rattacherions pour notre part trois sortes de recours contentieux dont le Conseil d'Etat n'est pas juge en assemblée générale du contentieux, mais en assemblée générale de toutes ses sections et à l'égard desquels il n'a pas de juridiction déléguée, le Gouvernement ayant retenu la juridiction définitive : ce sont les recours en matière de prises maritimes, de cultes, et ceux relatifs au privilège même de la Banque de France. En ces sujets spéciaux, les pouvoirs, les droits de la juridiction qui doit être saisie sont particuliers : sans doute la procédure elle-même est spéciale, mais l'appréciation des circonstances de droit et de fait qui doit être faite par le tribunal administratif doit être complète, et son pouvoir de juridiction s'exerce sous la réserve que le Gouvernement en autorisera les décisions au complet » (1).

sans aucune intervention du chef de l'Etat, 9 février 1883, D. 1884, p. 100.

(1) Cette opinion d'un conseiller d'Etat est précieuse à noter. Nous croyons toutefois qu'il faut faire quelques réserves sur cette assimilation du recours pour abus à un recours contentieux de pleine juridiction. Ce qui caractérise en effet le contentieux de pleine juridiction, c'est non seulement que le Tribunal est juge du fait et du droit, mais encore, « qu'il prononce entre l'administration et ses contradicteurs, comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes », qu'il « réforme les décisions prises par l'administration, non seulement quand elles sont illégales, mais encore lorsqu'elles sont erronées », « qu'il leur substitue des décisions nouvelles », qu'il « constate des obligations et prononce des condamnations pécuniaires ». Or, dans le recours pour abus, le Conseil d'Etat doit se borner à déclarer l'abus et à annuler l'acte

Quand on dénie au recours pour abus tout caractère contentieux en invoquant la nécessité pour le Gouvernement d'être absolument libre, indépendant, seul responsable en une matière aussi délicate, de pouvoir tenir compte dans ses décisions des exigences du moment et de considérations politiques, on semble oublier que c'était là, sous la Restauration, les arguments favoris de ceux qui voulaient le maintien du système de la justice retenue, — que par conséquent de telles idées s'appliquaient à des recours dont le caractère contentieux, non seulement n'était pas contesté, mais qui était la base même, la raison d'être de la discussion.

« En vain dirait-on, poursuit la minorité de votre Commission (1), que les hommes appelés à l'exercice de cette juridiction auront vieilli dans la pratique de l'administration, qu'ils en connaîtront les nécessités, et se garderont d'en contrarier arbitrairement la marche : c'est supposer qu'ils n'auront ni passions, ni préjugés, qu'ils seront inaccessibles à l'erreur : c'est oublier que l'administration doit conformer ses actes à l'exigence des événements, des temps, des opi-

incriminé. Il y a donc simplement une analogie avec les recours se rattachant au contentieux de pleine juridiction, analogie à rapprocher de celles que nous avons relevées avec le recours pour excès de pouvoir. A côté de ces points de contact indéniables, le recours pour abus présente de nombreux traits originaux qui en font un recours contentieux bien spécial, et on ne saurait sans forcer la vérité le faire entrer sous telle ou telle rubrique.

(1) Rapport de M. Dalloz, 1840, *Moniteur*, 1840, p. 1542.

nions, et tenir compte d'une infinité de considérations que ne peut jamais apprécier une justice dont les arrêts doivent obéir à des règles inflexibles. Il ne faut pas, en effet, perdre de vue la nature des affaires contentieuses et la connexion intime qui les unit aux matières administratives. L'administration ne cesse pas d'administrer quand elle statue sur des matières contentieuses, et la juridiction qu'elle exerce n'est que le complément de l'action administrative. »

Il était bon de rappeler ces craintes des adversaires systématiques du régime de la justice déléguée. Leur rapprochement des motifs invoqués pour dénier tout caractère contentieux au recours pour abus nous fait saisir la vraie raison d'une semblable doctrine : l'existence d'un recours contentieux aboutissant à la simple préparation par le Conseil d'Etat d'un décret soumis à la signature du chef de l'Etat paraît à la plupart des auteurs « une anomalie incompréhensible dans l'état de notre législation » (1).

Il nous fait sentir ainsi la profonde exactitude de cette appréciation portée par notre savant professeur, M. Jean Appleton : « Au fond, le seul motif qu'ils (la plupart des auteurs) puissent invoquer en faveur de la qualification invoquée par eux, c'est que nous sommes si habitués aujourd'hui à l'idée de justice déléguée, que nous pouvons difficilement plier

(1) Jean Appleton, *La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, p. 24.

notre esprit à la conception d'une justice retenue dont les vestiges subsisteraient encore aujourd'hui.

Il faut pourtant se rendre à la réalité : historiquement, toute justice administrative a commencé par être retenue ; ce n'est que peu à peu, par une lente évolution, qu'elle est devenue déléguée ; et le passé, presque entièrement aboli, laisse encore quelques traces de son existence dans notre législation actuelle. »

Vu :

Lyon, le 24 juillet 1903,
Le Président de la thèse,
JEAN APPLETON.

Vu :

Lyon, le 26 juillet 1903,
Le Doyen de la Faculté,
E. CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 27 juillet 1903,
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
GABRIEL COMPAYRÉ.

TABLE

	Pages
INTRODUCTION. — POSITION DE LA QUESTION.	1
PREMIÈRE PARTIE. — De la nature du recours pour abus d'après l'histoire.	25
DEUXIÈME PARTIE. — De la nature du recours pour abus d'après les textes et la jurisprudence	47
SECTION I. — <i>Etude des divers cas d'abus au point de vue de leur nature</i>	47
§ 1. — Excès de pouvoir	49
§ 2. — Attentat aux libertés de l'Eglise gallicane . . .	57
§ 3. — Contraventions aux lois et règlements de la République.	66
§ 4. — Infractions aux règles consacrées par les ca- nons reçus en France.	72
§ 5. — Oppression, injure ou scandale public	74
§ 6. — Abus civil	78
SECTION II. — <i>Exposé de quelques théories jurisprudentielles.</i>	81
§ 1. — Du recours pour abus préalable à l'action pu- blique ou privée	81
§ 2. — Des questions préjudicielles d'abus	93
§ 4. — Absence de recours contentieux contre les dé- crets rendus en matière d'abus	103
§ 4. — Théorie du recours parallèle.	108
CONCLUSION	113

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
